

**Die unechte Urkunde in § 267 StGB.
Versuch einer Begriffsbestimmung
unter besonderer Berücksichtigung
der Geistigkeitstheorie**

Siegfried Widmann

1961



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555618_0022

**Die unechte Urkunde in § 267 StGB.
Versuch einer Begriffsbestimmung
unter besonderer Berücksichtigung
der Geistigkeitstheorie**

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von
Siegfried Widmann

München 1961

Referent: Professor Dr. Dr. Karl ENGISCH
Correferent: Professor Dr. Reinhart MAURACH

Tag der mündlichen Prüfung: 2. Juni 1961



INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Literaturverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXIV
Einleitung	1
I. Die Bestimmung des § 267 und ihre Geschichte	1
II. Die Abgrenzung des Themas und der Gang der Untersuchungen in der Arbeit	3
III. Die Bedeutung der Arbeit für den Verfälschungstatbestand	4
1. T E I L	
Die Rahmendefinition des Begriffs der unechten Urkunde (Nichtidentität zwischen angeblichem und wirklichem Aussteller)	5
1. KAPITEL	
Der Begriff der Urkunde	5
1. ABSCHNITT	
Der Begriff der Urkunde im allgemeinen	5
2. ABSCHNITT	
Die Erkennbarkeit des Ausstellers insbesondere	6
A. Der Begriff des Ausstellers	6
B. Die Erkennbarkeit des Ausstellers insbesondere	7
I. Die Grundsätze, nach denen sich die Erkennbarkeit des Ausstellers im allgemeinen richtet	7
II. Die Grundsätze, nach denen sich die Erkennbarkeit des Ausstellers im Einzelfalle bestimmt	9
III. Für die Frage der Erkennbarkeit des Ausstellers sind nur objektive Gesichtspunkte massgebend	11
IV. Ergebnis	11
3. ABSCHNITT	
Der Beurkundungswille des Ausstellers insbesondere	11
2. KAPITEL	
Die Rahmendefinition des Begriffs der unechten Urkunde	12
1. ABSCHNITT	
Die grammatische Auslegungsmethode - der Ausgangspunkt zur Klärung des Begriffs.	12
A. Der Unehtheitsbegriff nach dem allgemeinen Sprachgebrauch	12
I. Die Bezeichnung 'echt' im allgemeinen Sprachgebrauch	13
II. Die Bezeichnung 'unecht' im allgemeinen Sprachgebrauch	13

	Seite
B. Der Begriff der unechten Urkunde nach dem allgemeinen Sprachgebrauch und seine Geeignetheit für § 267	14
I. Der Begriff der unechten Urkunde nach dem allgemeinen Sprachgebrauch	14
II. Die Geeignetheit des Begriffs der unechten Urkunde nach dem allgemeinen Sprachgebrauch für § 267	14
2. ABSCHNITT	
Die teleologische Auslegungsmethode beseitigt die Mehrdeutigkeit des auf Grund der rein grammatischen Methode für den Begriff der unechten Urkunde gewonnenen Ergebnisses	15
A. Das in § 267 geschützte Rechtsgut	15
B. Die teleologische Auslegungsmethode führt zur Rahmendefinition für die unechte Urkunde	16
3. ABSCHNITT	
Das gefundene Ergebnis und seine Übereinstimmung mit der h. M.	18
4. ABSCHNITT	
Die unwahre und die anonyme Urkunde - zwei nicht unter die 'unechte Urkunde' fallende Begriffe	20
A. Die sogenannte 'unwahre Urkunde' - keine unechte Urkunde	20
B. Die sogenannte 'anonyme Urkunde' - keine unechte Urkunde	21
Vorbemerkung zum 2. und 3. Teil	21
2. T E I L	
Die als Aussteller erscheinende Person (der angebliche Aussteller)	22
1. KAPITEL	
Die Grundsätze, nach denen sich im allgemeinen die Person des angeblichen Ausstellers bestimmt	22
2. KAPITEL	
Die Grundsätze, nach denen sich die Feststellung der Person des angeblichen Ausstellers im Einzelfall bestimmt	23
1. ABSCHNITT	
Die Stellungnahme des Verfassers	23
2. ABSCHNITT	
Die Stellungnahme von Schrifttum und Rechtsprechung	24

3. T E I L

Der Begriff des wirklichen Ausstellers	28
Vorbemerkung	28

1. KAPITEL

Der Begriff des Ausstellers im allgemeinen	30
--	----

1. ABSCHNITT

Der Ausstellerbegriff bestimmt sich nach dem Zweck des § 267	30
--	----

2. ABSCHNITT

Die Ausstellereigenschaft ist durch eine Beziehung zur Urkunde bedingt	31
--	----

2. KAPITEL

Die physische Beziehung zur Urkunde	32
-------------------------------------	----

1. ABSCHNITT

Die Mindestanforderungen für eine die Ausstellereigenschaft begründende physische Beziehung zur Urkunde	32
---	----

2. ABSCHNITT

Fälle, bei denen die physische Beziehung zur Urkunde für die Ausstellereigenschaft nicht ausreicht.	33
A. Vis absoluta	33
B. Der Unterzeichnende muss sich des äusseren Tatbestandes der von ihm unterzeichneten Erklärungsverkörperungen bewusst sein	33

3. ABSCHNITT

Umstände, die im Rahmen einer physischen Beziehung die Ausstellereigenschaft nicht beeinträchtigen	36
A. Verschreiben bedingt keine Unechtheit	36
B. Fehlen des Beurkundungswillens bedingt keine Unechtheit	36
C. Drohung, Irrtum und Beeinträchtigung der Geschäftsfähigkeit bzw. Zurechnungsfähigkeit bedingen grundsätzlich keine Unechtheit	42
I. Eigene Ansicht	42
II. Die Ansicht der h. M.	43
D. Die Ausstellereigenschaft wird bei physischer Beziehung nicht durch die Rechtsunwirksamkeit der Erklärung beeinflusst	44

3. KAPITEL

Die Voraussetzungen, unter denen auch eine nicht-physische Beziehung zur Urkunde die Ausstellereigenschaft begründet	44
Vorbemerkung	44

1. ABSCHNITT

Die Voraussetzungen, unter denen eine verkörperte Erklärung für den Nichthersteller bzw. Nichtunterzeichner einer Urkunde gilt	45
A. Die Voraussetzungen, unter denen nach dem Privatrecht eine verkör- perte Erklärung für den Nichthersteller wirkt	45
Vorbemerkung	45
I. Die Schreibgehilfenschaft	46
II. Die Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB)	47
1. Stellvertretung und Schreibgehilfenschaft	47
2. Die Voraussetzungen wirksamer Stellvertretung	48
a) Die Stellvertretung bei mündlichen Erklärungen	48
b) Die Stellvertretung bei schriftlichen Erklärungen	51
III. Das Handeln unter fremdem Namen	54
Vorbemerkung	54
1. Der Begriff des Handelns unter fremdem Namen	54
2. Die Voraussetzungen, unter denen eine unter fremdem Namen abgegebene Erklärung im mündlichen Verkehr für den Namens- träger wirkt	55
a) Handeln unter fremdem Namen und seine bisherige Behand- lung	55
aa) Die Nichtigkeitstheorie	55
bb) Die älteren, sich gegen die Nichtigkeitstheorie wen- denden Ansichten	57
b) Die moderne Behandlung des Handelns unter fremdem Na- men.	61
aa) Die Ansicht Ohrs	61
bb) Die heute in der zivilrechtlichen Literatur überwie- gende 'Identitätstäuschungstheorie'	63
c) Zusammenfassende Darstellung der für das Handeln unter fremdem Namen gefundenen Lösung	64
3. Das Handeln unter fremdem Namen im schriftlichen Verkehr	64
IV. Die Blankettausfüllung	64
1. Der Begriff des Blanketts	64
2. Die Voraussetzungen wirksamer Blankettausfüllung	65
3. Die Folgen missbräuchlicher Blankettausfüllung	65
B. Die Voraussetzungen, unter denen nach dem öffentlichen Recht eine verkörperte Erklärung für den Nichthersteller gilt	66

I. Die Voraussetzungen, unter denen nach dem öffentlichen Recht eine von einer Privatperson ausgehende Erklärung für den Nichthersteller gilt	66
1. Die nach öffentlichem Recht zu beurteilenden Erklärungen Privater	66
2. Die Voraussetzungen, unter denen derartige Erklärungen, soweit sie verkörpert sind, für den Nichthersteller wirken	67
a) Im gerichtlichen Verfahren	67
b) im sonstigen behördlichen Verfahren	67
II. Die Voraussetzungen, unter denen nach dem öffentlichen Recht eine verkörperte Erklärung, die von einem Hoheitsträger auszugehen scheint oder ausgeht, für einen an der Herstellung physisch nicht Beteiligten wirkt	68
1. Arten der Erklärungen	68
2. Die Voraussetzungen, unter denen ein in einer Urkunde verkörperter Hoheitsakt für einen an der Herstellung physisch nicht Beteiligten wirkt	68
3. Die Voraussetzungen, unter denen eine in einer Urkunde verkörperte schlichte Verwaltungsäusserung für einen an der Herstellung physisch nicht Beteiligten wirkt	71

2. ABSCHNITT

Die verschiedenen Theorien zu der Frage, inwieweit eine nichtphysische Beziehung zu der Urkunde für die Ausstellereigenschaft genügt

A. Die faktische Theorie	72
I. Inhalt	72
II. Die Vertreter der faktischen Theorie	72
1. Die Vertreter der faktischen Theorie in der Literatur	72
2. Die sich zur faktischen Theorie bekennenden höchstrichterlichen Entscheidungen	76
a) Allgemeines zu diesen Entscheidungen	76
b) Die einzelnen sich zum faktischen Ausstellerbegriff bekennenden höchstrichterlichen Entscheidungen	77
III. Die Begründung der Straflosigkeit in bestimmten Fällen der Herstellung von nach der faktischen Theorie unechten Urkunden durch die Vertreter dieser Theorie	85
1. Die Anhänger der faktischen Theorie, die sich für die Straflosigkeit auf das Entfallen der Rechtswidrigkeit berufen	85
2. Anhänger der faktischen Theorie, die die Straflosigkeit aus dem Fehlen subjektiver Voraussetzungen herleiten	87

	Seite
a) Systematische Vorbemerkung	87
b) Die einzelnen Vertreter der faktischen Theorie, die die Strafflosigkeit gewisser Fälle der Fremdzeichnung aus dem Fehlen subjektiver Voraussetzungen herleiten	87
IV. Kritik der faktischen Theorie und die eigene Auffassung	90
1. Der faktische Ausstellerbegriff entspricht nicht einer nach dem Zweck des § 267 orientierten Auslegung	90
a) Aussteller - derjenige, für den die in der Urkunde enthaltene Erklärung unbedingt gilt	90
b) Die im Falle unbedingter Gültigkeit sich aus dem Zweck des § 267 ergebende Strafflosigkeit kann nur über den Wegfall der objektiven Tatbestandsmässigkeit erreicht werden	91
c) Zusammenfassung	95
2. Vervollständigung der bisher gewonnenen eigenen Ansicht	95
3. Die Argumente gegen die oben unter 1. und 2. erarbeitete Auffassung erweisen sich als unbegründet	98
a) Die oft zu beobachtende unrichtige Wahl des zivilrechtlichen Ausgangspunktes	98
b) Unerheblich ist der Anschein persönlicher Vollziehung	99
c) Unmöglich ist eine Erzwingung zivilrechtlicher Ergebnisse über das Strafrecht	100
d) Die Argumente Rocks	100
e) Die gegen eine Verquickung der Echtheit und der Gültigkeit vorgebrachten Argumente	103
V. Die Ablehnung der faktischen Theorie durch die h. M. - die Argumente der h. M.	108
1. Der Einwand der Lebensfremdheit	109
2. Der Einwand der Existenz unechter Urkunden, die nicht vernichtbar sind	110
3. Der Einwand der Nichtverwendbarkeit der unechten Urkunde als Beweismittel	110
4. Der Hinweis auf die "Einheit der Rechtsordnung"	110
B. Die ideelle und die kausale Ausstellertheorie	111
I. Inhalt und Vertreter der ideellen und kausalen Theorie	111
1. Inhalt und Vertreter der ideellen Theorie	111
2. Inhalt und Vertreter der kausalen Theorie	112
II. Kritik der ideellen und kausalen Theorie	113
C. Die juristischen Theorien	114
I. Die Theorie der blossen gültigen Ermächtigung bzw. Berechtigung	115
1. Inhalt	115

	Seite
2. Die Vertreter	115
3. Kritik	117
II. Die Gültigkeitstheorie	117
1. Inhalt und Vertreter der Gültigkeitstheorie	117
2. Kritik der Gültigkeitstheorie	118
III. Die Täuschungstheorie	120
1. Inhalt der Täuschungstheorie	120
2. Die Vertreter der Täuschungstheorie	121
a) Die Vertreter der Täuschungstheorie im Schrifttum	121
b) Die Täuschungstheorie - die vom Reichsgericht überwiegend vertretene Ansicht	123
aa) Die für die Täuschungstheorie angeführten älteren RG-Urteile, die in Wirklichkeit einen faktischen Echtheitsbegriff vertreten	123
bb) Das Urteil vom 18.2.1892 (Erweiterte Täuschungstheorie)	125
cc) Die sich zur Täuschungstheorie bekennenden RG-Urteile	126
3. Kritik der Täuschungstheorie und der erweiterten Täuschungstheorie	130
IV. Die Theorie vom Funktionieren der Vollmacht	131
1. Inhalt und Vertreter	131
2. Kritik der Theorie vom Funktionieren der Vollmacht	133
V. Die Dreipunktetheorie - der Standpunkt der heute h. M. zum Zeichnen mit fremdem Namen	134
1. Inhalt und Vertreter	134
2. Kritik der Dreipunktetheorie	137
VI. Die Auffassung Mezgers	140
1. Inhalt der Auffassung Mezgers	140
2. Kritik der Auffassung Mezgers	141
D. Die moderne ideelle und kausale Theorie	141
I. Die Auffassung Welzels	141
1. Inhalt der von Welzel vertretenen Ansicht	141
2. Kritik der Auffassung Welzels	142
II. Die Auffassung Timckes	142
1. Inhalt der Theorie Timckes	142
2. Kritik der Theorie Timckes	147
E. Die sog. Geistigkeitstheorie oder materielle Urheberlehre	147
I. Inhalt und Vertreter der Geistigkeitstheorie	147
II. Kritik der sog. Geistigkeitstheorie	148

	Seite
F. Die Behandlung bestimmter Sonderfälle in Schrifttum und Rechtsprechung	149
I. Die Schreibgehilfenschaft	149
1. Ihre Behandlung in Schrifttum und Rechtsprechung	149
2. Eigene Ansicht	151
II. Der Telegrammverkehr	151
III. Die Fremdzeichnung bei behördlichen Urkunden	154
4. T E I L	
Zusammenfassung der in der Arbeit gewonnenen Ergebnisse	155

LITERATURVERZEICHNIS

- ALSBERG, Max: Versteckte Anonymität des Urkundenausstellers, GA 61 (1914), S.210 ff.
- BAUER, Heinz: Die telegraphische Depesche als Gegenstand der Urkundenfälschung im deutschen Strafrecht. Diss. Heidelberg 1907 (zit. Bauer)
- BAUMBACH-LAUTERBACH: Zivilprozessordnung. Kommentar, begründet von Baumbach, weitergeführt von Lauterbach. 25. Aufl. München und Berlin 1958. (zit. Baumbach-Lauterbach)
- BERNER, Albert Friedrich: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Aufl. Leipzig 1898. (zit. Berner)
- BINDING, Karl: Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. 2. Aufl. 1. Bd.: Normen und Strafgesetz. Leipzig 1890 (zit. Binding Normen I (1890))
Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. 2.Bd. 1.Abt. 2. Aufl. Leipzig 1904 (zit. Binding)
- BOCK, Fritz: Fälschliche Anfertigung und Verfälschung von Urkunden. Diss. Erlangen 1921 (ungedruckt) (zit. Bock)
- BOLDT: Anm. zum RG-Urteil vom 9.12.1940 (RG 75, 47 = RG DR 1941, S.992), DR 1941, S.992
- BORNEMANN, Joachim: Die Blankobürgschaft. Diss. Marburg 1934 (zit. Bornemann)
- BRODMANN, E.: Die Urkunde, besonders im Strafrecht. Zwei Abhandlungen zur Bestimmung des Begriffs. Berlin 1904 (zit. Brodmann)
- BURI, v.: Zum Begriffe der Urkundenfälschung, GS 36 (1884), S.171 ff.
Zu § 267 des Strafgesetzbuches, GS 39 (1887), S.36 ff.

- COSACK, Konrad: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts von Cosack und Heinrich Mitteis. 1. Bd. Die Allgemeinen Lehren und das Schuldrecht. 8. Aufl. Jena 1927 (zit. Cosack)
- DAHM: Anm. zum RG-Urteil vom 16.4.1931 (RG JW 1931, S. 2498 Nr. 25), RG JW 1931, S. 2498 zu Nr. 25
- DALCKE, A.: Strafrecht und Strafverfahren. Begründet von A. Dalcke. 36. Aufl., herausg. von Ernst Fuhrmann und Karl Schäfer. Berlin 1955 (zit. Dalcke)
- DAMBACH, Otto: Das Telegraphenstrafrecht, GS 23 (1871), S. 241 ff.
Das Telegraphenstrafrecht. Berlin 1902 (zit. Dambach, Telegraphenstrafrecht)
- DAMME: Ist der in § 126 BGB vorgeschriebenen Schriftform genügt, wenn der Vertreter den Namen des Vertretenen unter die Urkunde setzt. DJZ 1907, S. 54 f.
- DERNBURG, Heinrich: Die Allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs und Preussens. 3. Aufl. Halle 1906 (zit. Dernburg)
- DREHER-MAASSEN: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und den wichtigsten Nebengesetzen. Von Eduard Dreher und Hermann Maassen. 3. Aufl. München und Berlin 1959 (zit. Dreher-Maassen)
- EBERMAYER, Ludwig: Urkundenfälschung. In: Festgabe für Frank, Bd. II, S. 418 ff. Tübingen 1930 (zit. Ebermayer FS)
- ENDEMANN, F.: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. Berlin 1903 (zit. Endemann)
- ENNECCERUS-NIPPERDEY: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch von Ludwig Enneccerus. 15. Aufl., von Carl Nipperdey. Tübingen. 1. HB 1959, 2. HB 1960 (zit. Enneccerus-Nipperdey bzw. Enneccerus-Nipperdey AT)
- ERMAN, Walter: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. Münster 1958 (zit. Erman)

- FELDMANN, Karl: Haftung und Anfechtung bei missbräuchlich ausgefüllten Blankourkunden des bürgerlichen Rechts. Diss. Frankfurt/M. 1955 (zit. Feldmann)
- FICHTER, Eduard: Der Begriff der Urkunde im Sinne des Strafrechts. Diss. Erlangen 1910 (zit. Fichter)
- FORSTHOFF, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts. 1. Bd. Allgemeiner Teil. 7. Aufl. München und Berlin 1958 (zit. Forsthoff)
- FRANK, Reinhard: Zur Lehre vom Zeichnen mit fremdem Namen, ZStW 32 (1911), S. 82 ff.
Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Aufl. Tübingen 1931 (zit. Frank)
- FUHRMANN, Fritz: Die Bedeutung der Zustimmung für die Fälschung und Verfälschung von Urkunden. Diss. Greifswald 1936 (zit. Fuhrmann)
- GALLI: Anm. zum Urteil des Reichsgerichts vom 12. 4. 1910 (RG 43, 348), DJZ 1911, S. 624 Nr. 6
Anm. zum Urteil des Reichsgerichts vom 4. 10. 1910 (RG 44, 69), DJZ 1911, S. 1122
- GERLAND, Heinrich B.: Deutsches Reichsstrafrecht. Ein Lehrbuch. 2. Aufl. Berlin und Leipzig 1932 (zit. Gerland)
- GERSCH, Karl Joachim: Zur Lehre von der Urkundenfälschung. Diss. Breslau 1922 (ungedruckt) (zit. Gersch)
- GOLDSCHMITT, Friedrich: Der strafrechtliche Begriff der Urkunde, GS 55 (1898), S. 161 ff.
- GÜRTNER, Franz: Das kommende deutsche Strafrecht. Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission. 1. Aufl. Berlin 1935 (zit. Gürtner I). 2. Aufl. Berlin 1936 (zit. Gürtner II)
- HÄLSCHNER, Hugo: Das gemeine deutsche Strafrecht. 2. Bd. 2. Abt. Bonn 1887 (zit. Hälschner)
- HANEBERG, Lisa: Unwahre und unechte Urkunden. Ein Beitrag zur Lehre vom Zeichnen mit fremdem Namen. Diss. Strassburg 1917 (zit. Haneberg)

- HAUSSMANN, Fritz: Das Blankett, insbes. der Blankettmissbrauch unter dem Gesichtspunkt des Rechtsscheinsprinzips, Gruchot 58 (1914), S. 289 ff. (zit. Haussmann)
- HESS, Leo: Gefälschte Wechselunterschriften. Ein Beitrag zur Lehre von der Haftung aus gefälschten und verfälschten Wechseln unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung. Diss. Frankfurt/M. 1932 (zit. Hess)
Zur Frage der Genehmigung gefälschter Wechselunterschriften. LZ 1933, Sp. 822 ff.
- HINKE, Paul: Wirkung des Handelns unter falschem Namen. Diss. Halle 1928 (zit. Hinke)
- HIPPEL, Robert v.: Deutsches Strafrecht. 1. Bd. Allgemeine Grundlagen. Berlin 1925 (zit. Hippel I)
2. Bd. Das Verbrechen. Allgemeine Lehren. Berlin 1930 (zit. Hippel II)
Lehrbuch des Strafrechts. Berlin 1932 (zit. Hippel Ib)
- HOPFENBERGER, Ludwig: Das Zeichnen mit fremdem Namen unter dem Gesichtspunkt der Urkundenfälschung. Diss. Erlangen 1936 (zit. Hopfensberger)
- HORSTMANN, Herrmann: Wann liegt Anfertigung einer falschen Urkunde vor? Diss. Erlangen 1920 (ungedruckt) (zit. Horstmann)
- HUPKA, Joseph: Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht. Ein Beitrag zur Lehre von der Vertretung in Rechtsgeschäften. Leipzig 1903 (zit. Hupka)
- JELLINEK, Georg: System der subjektiv-öffentlichen Rechte. Tübingen 1905 (zit. Jellinek)
- JOHN: Zur Bestimmung des Urkundenbegriffs, ZStW 6 (1886), 1 ff.
- KEIDEL: Freiwillige Gerichtsbarkeit. Hansausgabe des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit Erläuterungen, Ausführungs- u. Ergänzungsvorschriften. Begründet von Fritz Keidel, fortgeführt von Theodor Keidel. 7. Aufl. München und Berlin 1959 (zit. Keidel)

- KERN, Eduard: Die Äußerungsdelikte. Tübingen 1919 (zit. Kern, Äußerungsdelikte)
- KNUPE, Walther: Die Urkunde und die Stellvertretung bei ihrer Vollziehung unter besonderer Berücksichtigung der Beziehungen zu den Urkundendelikten des Reichsstrafgesetzbuchs. Diss. Greifswald 1917 (zit. Knupe)
- KOHLRAUSCH, Eduard: Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Erläuterungen. 35. Aufl. In Verbindung mit Richard Lange. Berlin 1940 (zit. Kohlrausch (35. Aufl.))
- KOHLRAUSCH-LANGE: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen. 42. Aufl. Berlin 1959 (zit. Kohlrausch-Lange)
- LARENZ, Karl: Verpflichtungsgeschäfte "unter" fremdem Namen. In: Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts (Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag), Bd. 1, S. 234 ff. Berlin, Tübingen, Frankfurt/M. 1956 (zit. Larenz)
- LEHMANN, Heinrich: Die Unterschrift im Tatbestand der schriftlichen Willenserklärung. Diss. Bonn 1904 (zit. Lehmann, Unterschrift)
- Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 11. Aufl. Berlin 1958 (zit. Lehmann AT)
- LEIPZIGER KOMMENTAR: Strafgesetzbuch erläutert von Ebermayer, Lobe und Rosenberg. 4. Aufl. Berlin und Leipzig 1929 (zit. LK (4. Aufl.))
7. Aufl., herausgegeben von Nagler, Jagusch und Mezger. 1. Bd. Berlin 1954. 2. Bd. Berlin 1951 (zit. LK (7. Aufl.))
8. Aufl., herausgegeben von Jagusch und Mezger. 1. Bd. Berlin 1957. 2. Bd. Berlin 1958 (zit. LK)
- LENZ, Adolf: Die Fälschungsverbrechen in dogmatischer und rechtsvergleichender Darstellung. 1. Bd.: Die Urkundenfälschung. Stuttgart 1897 (zit. Lenz)
- LETZGUS, Ernst: Die Pseudopartei im rechtsgeschäftlichen Verkehr. AcP 126 (1926), S. 27 ff. (zit. Letzgus)
- Zum Handeln unter falschem Namen, AcP 137 (1933), S. 327 ff.

- v. LISZT-SCHMIDT: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts; von Franz v. Liszt. 25. Aufl., besorgt von Eberhard Schmidt. Berlin und Leipzig 1927 (zit. Liszt-Schmidt)
- LÖWE-ROSENBERG: Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen. Kommentar. 20. Aufl., herausg. von Niethammer in Gemeinschaft mit Geier, Jagusch, Kohlhaas, Schäfer, Sarstedt und Tillmann. 1. Bd. Berlin 1958 (zit. Löwe-Rosenberg)
- MANSFELD, R.: Genehmigung gefälschter Unterschriften, LZ 1914, S. 801 ff.
- MAURACH, Reinhart: Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch. Karlsruhe 1958 (zit. Maurach AT)
- Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil. Ein Lehrbuch. 3. Aufl. Karlsruhe 1959 (zit. Maurach BT)
- MEILI: Die Fälschung einer telegraphischen Depesche. Zürich 1889 (zit. Meili)
- MENDEL, Hugo: Das Auftreten im Rechtsverkehr unter falschem Namen. Diss. Köln 1930 (zit. Mendel)
- MERKEL, Adolf: Die Eigentumsverletzungen. 5. Die Urkundenfälschung. In: Holtzendorffs Handbuch. Bd. 3 und 4. Berlin 1871 - 1874, 1877 (zit. A. Merkel HH III bzw. IV)
- MERKEL, Paul: Die Urkunde im Deutschen Strafrecht. Eine historische und kritisch-dogmatische Untersuchung. München 1902 (zit. Merkel)
- Anm. zum Urteil des OLG Stettin vom 16. 3. 1925 (JW 1925, S. 2376), JW 1925, S. 2376
- Anm. zum RG-Urteil vom 10. 11. 1930 (JW 1931, S. 1196 Nr. 13), JW 1931, S. 1196 zu Nr. 13
- Anm. zum RG-Urteil vom 1. 6. 1931 (JW 1932, S. 415 Nr. 17), JW 1932, S. 415 zu Nr. 17
- MERTGEN, Walter: Was ist zur fälschlichen Herstellung einer Urkunde erforderlich. Diss. Erlangen 1922 (ungedruckt) (zit. Mertgen)

- MEYER, Hugo: Die Vollendung der Urkundenfälschung, GS 47 (1892), S. 81 ff.
- MEYER-ALLFELD: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts; von Philip Allfeld. 8. Aufl. des von Hugo Meyer begründeten Lehrbuchs. Leipzig und Erlangen 1922 (zit. Meyer-Allfeld)
- MEZGER, Edmund: Bemerkung zum RG-Urteil vom 15.11.1940 (RG ZAKDR 1941, S. 179) und zum RG-Urteil vom 9.12.1940 (RG ZAKDR 1941, S. 180 = RG 75, 46) - ZAKDR 1941, S. 181 f.
- Das Zeichnen mit fremdem Namen; Anm. zum RG-Urteil vom 28.4.1942 (RG ZAKDR 1942, S. 253 = RG 76, 125) - ZAKDR 1942, S. 251 f.
- Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss. 3. Aufl. Berlin 1943 (zit. Mezger DStRe)
- Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch. 8. Aufl. München und Berlin 1958 (zit. Mezger StuB I)
- Strafrecht. Besonderer Teil. Ein Studienbuch. 6. Aufl. München und Berlin 1958 (zit. Mezger StuB II)
- MOMMSEN: Die Privaturkunde als Gegenstand der Fälschung, GS Bd. 36 (1884), S. 34 ff.
- MÜHLMANN-BOMMEL: Das Strafgesetzbuch an Hand der höchstrichterlichen Rechtsprechung, für die Praxis erläutert von Erich Mühlmann und Gert Bommel. Straubing 1949 (zit. Mühlmann-Bommel)
- MÜLLER, Fr. Karl: Unterzeichnung schriftlicher Erklärungen, DJZ 1900, S. 497
- MÜLLER, Karl Heinz: Die Blankettunterschrift in ihrer Bedeutung für das bürgerliche Recht. Diss. Rostock 1930 (zit. Müller)
- NIETHAMMER, Emil: Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts. Tübingen 1950 (zit. Niethammer)
- NISCHIK, Heinz: Das Blankett im Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Marburg 1936 (zit. Nischik)

- OERTMANN, Paul: Handeln unter falschem Namen, ZBH 1926, S. 302 ff. (zit. Oertmann ZBH bzw. Oertmann ZBH 1926)
- Bürgerliches Gesetzbuch. Allgemeiner Teil. Kommentar. 3. Aufl. Berlin 1927 (zit. Oertmann)
- OETKER, Friedrich: Zur Urkundenlehre im Strafrecht. In: Festschrift für Karl Binding, 1. Bd., S. 1 ff. Leipzig 1911 (zit. Oetker)
- OHR, Günter: Zur Dogmatik des Handelns unter fremdem Namen, AcP 152 (1952/53), S. 216 ff.
- OLSHAUSEN, J. v.: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 11. Aufl., neu bearbeitet von Lorenz, Freiesleben, Niethammer, Kirchner und Gutjahr. 2. Bd. Berlin 1927 (zit. Olshausen)
- OPPENHOFF-DELIUS: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Komm. Von Friedrich Oppenhoff, fortgeführt von Theodor Oppenhoff. 14. Aufl., herausg. von Hans Delius. Berlin 1901 (zit. Oppenhoff)
- ORTLOFF, Hermann: Lüge, Fälschung, Betrug. Jena 1862 (zit. Ortloff)
- Fälschung telegraphischer Depeschen, GA 28 (1880), S. 194 ff.
- PAGEL, Albert: Fälschung und Handeln unter falschem Namen, Gruchot 53 (1909), S. 229 ff. (zit. Pagel)
- PALANDT: Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar. Bearbeitet von Danckelmann, Gramm, Hoche, Lauterbach und Rechenmacher. 19. Aufl. München und Berlin 1960 (zit. Palandt)
- PAUL und EULING: Deutsches Wörterbuch. Halle 1935
- PETTERS, Walter: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Beispielen. 24. Aufl. Berlin und München 1957 (zit. Petters)
- PLANCK: Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar von Planck, herausgegeben von Strohal. 1. Bd. Allgemeiner Teil. 4. Aufl. Berlin 1913 (zit. Planck)

- RANFT, Otto: Echtheit von Urkunden und Rechtswidrigkeit der Tat beim Zeichnen in fremdem Namen. Diss. Frankfurt/M. 1951 (ungedruckt) (zit. Ranft)
- REICHEL, Hans: Höchstpersönliche Rechtsgeschäfte. Berlin 1931. (zit. Reichel)
- REICHSGERICHTSRÄTEKOMMENTAR:
Das Bürgerliche Gesetzbuch. Kommentar. Herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern. 11. Aufl. 1. Bd. 1. Teil. Allgemeiner Teil §§ 1 - 240. Berlin 1959 (zit. RGR)
- RIETSCH, Karl Friedrich: Handbuch der Urkundenwissenschaft. 2. Aufl. Berlin 1904 (zit. Rietsch)
- RIEZLER, Erwin: Rechtswirkungen der bigamischen Ehe, Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 66 (1916), S. 400 ff.
- ROCK, Gerhard: Der strafrechtliche Echtheitsbegriff der Urkunde. Diss. Freiburg 1942 (ungedruckt) (zit. Rock)
- ROSENBERG, Leo: Stellvertretung im Prozess. Berlin 1908 (zit. Rosenberg, Stellvertretung)
Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts. 8. Aufl. München und Berlin 1960 (zit. Rosenberg)
- RUMPF, Max: Nochmals die Auslegung von Formvorschriften in der reichsgerichtlichen Rechtssprechung. JW 1914, S. 1019 ff.
- SAUER, Wilhelm: System des Strafrechts. Besonderer Teil. Köln und Berlin 1954 (zit. Sauer)
- SCHEIBER, Emil: Urkundenherstellung durch Vertreter. Diss. Marburg 1928 (zit. Scheiber)
- SCHERER, M.: Ein Beitrag zur Lehre vom Telegraphenstrafrecht, GS 28 (1876), S. 601 ff.
- SCHILDWÄCHTER, Paul: Strafrechtliche Bedeutung der Urkundenunterzeichnung mit fremdem Namen durch einen Vertreter. Diss. Giessen 1919 (zit. Schildwächter)

- SCHMIDT, Richard: Grundriss des Deutschen Strafrechts. 2. Aufl. Leipzig 1931 (zit. Schmidt)
- SCHNELKE, Josef: Die Bedeutung der Zustimmung im Gebiete der Lehre von der Urkundenfälschung. Diss. Breslau 1924 (ungedruckt) (zit. Schnelke)
- SCHÖNKE, Adolf: Die Umgestaltung der Urkundendelikte. DStR 1943, S.137 ff.
 Urkundenfälschung und Zeichnen mit fremdem Namen. In: Probleme der Strafrechtserneuerung (Festschrift für Kohlrausch), S.253 ff. Berlin 1944 (zit. Schönke FS)
- SCHÖNKE-SCHRÖDER: Strafgesetzbuch. Kommentar. Begründet von Adolf Schönke, fortgeführt von Horst Schröder. 9. Aufl. München und Berlin 1959 (zit. Schönke-Schröder)
- SCHÖNKE-SCHRÖDER-NIESE: Lehrbuch des Zivilprozessrechts. 8. Aufl. Karlsruhe 1956 (zit. Schönke-Schröder-Niese)
- SCHUBERT, Werner: Die Ex-tunc-Wirkung des bürgerlichen Rechts und ihre Bedeutung für die strafrechtliche Beurteilung. Rückwirkung und Fiktion im Strafrecht. Diss. Freiburg 1928 (zit. Schubert)
- SCHUMANN, Hans: Die Fälschung nach dem neuen Wechsel- und Scheckrecht. Berlin 1935 (zit. Schumann)
- SCHWARZ, Otto: Strafgesetzbuch. Kommentar. 22. Aufl. München und Berlin 1959 (zit. Schwarz)
- SEIFERT, Kurt: Die einfache materielle Urkundenfälschung des § 267 RStGB unter Berücksichtigung der Bestimmungen des Vor- und Gegenentwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Diss. Würzburg 1921 (ungedruckt) (zit. Seifert)
- SIBURG, Günther: Die echte Unterschrift. Beiträge zur Lehre von der Urkundenfälschung. Diss. Jena 1925 (ungedruckt) (zit. Siburg)
- SIEGEL, Julius: Einige Bemerkungen zur Lehre von Blanketten, LZ 1909, Sp. 531 ff.

- SOERGEL: Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar. Begründet von Soergel, herausg. von W. Siebert. 9. Aufl. 1. Bd. §§ 1 - 432. Stuttgart 1959 (zit. Soergel)
- SPARR, Günter: Die telegraphische Depesche als Gegenstand der Urkundenfälschung. Diss. Jena 1911 (zit. Sparr)
- STAHLBOCK, Ernst: Die einfache Urkundenfälschung im Sinne der § 267 u. § 269 RStGB. Diss. Würzburg 1921 (ungedruckt) (zit. Stahlbock)
- STAUB: Unterzeichnung schriftlicher Erklärungen, Verträge und Wechsel durch Vertreter, DJZ 1900, S. 338 f.
Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 9. Aufl., bearbeitet von Könige, Pinnen und Bondi. 1. Bd. Berlin 1912. 2. Bd. Berlin 1913 (zit. Staub)
- STAUDINGER-COING: J. v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1. Bd. Allgemeiner Teil. Erläutert von Brandl und Coing. 11. Aufl. Berlin 1957 (zit. Staudinger-Coing)
- STAUDINGER-RIEZLER: J. v. Staudinger. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1. Bd. Allgemeiner Teil. Erläutert von Erwin Riezler. 10. Aufl. München, Berlin und Leipzig (zit. Staudinger-Riezler (10. Aufl.))
- STEIN, Friedrich: Der Urkunden- und Wechselprozess. Leipzig 1887 (zit. Stein)
- STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE: Kommentar zur Zivilprozessordnung. Begründet von Gaupp, fortgeführt von Stein und Jonas. 18. Aufl., bearbeitet von Schöнке, fortgeführt von Pohle. 1. Bd. Tübingen 1953 (zit. Stein-Jonas)
- THUR, Andreas, v.: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 2. Bd. 1. Hälfte. München und Leipzig 1914 (zit. v. Thur II bzw. v. Thur AT II)
2. Bd. 2. Hälfte. München und Leipzig 1918 (zit. v. Thur)
- TJMCKE, Hans-Joachim: Identitätstäuschung und erlaubte Fremdzeichnung. Ein Beitrag zur Lehre von der Urkundenfälschung. Diss. Hamburg 1951 (ungedruckt) (zit. Timcke)

- TIMPE, Hubert: Echtheit und Gültigkeit der Urkunde und Urkundenvollziehung durch Stellvertreter. Diss. Münster 1908 (zit. Timpe)
- VOLWASSEN, Werner: Zur Lehre von der Urkundenfälschung unter besonderer Berücksichtigung der Urkundenvollziehung durch Stellvertreter. Diss. Breslau 1920 (zit. Volwassen)
- VOSS: Die Anfechtbarkeit von Blanketterklärungen wegen missbräuchlicher Ausfüllung nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches, Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 56 (1910), S. 412 ff. (zit. Voss)
- WÄCHTER, Woldemar: Die Blankobürgschaft und die Folgen der missbräuchlichen Ausfüllung. Diss. Köln 1940 (zit. Wächter)
- WALDEYER, Sigurd: Das Zeichnen mit fremdem Namen bei der Urkundenvollziehung durch Stellvertreter. Diss. Bonn 1929 (zit. Waldeyer)
- WEISSMANN, Jakob: Der Tatbestand der Urkundenfälschung, ZStW 11 (1891), 1 ff.
Urkundenfälschung, VDB VII, S. 243 ff. Berlin 1907
- WELZEL, Hans: Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung. 6. Aufl. Berlin 1958 (zit. Welzel)
- WIECZOREK, Bernhard: Zivilprozessordnung und Nebengesetz. Kommentar. Berlin. 1. Bd. 1. Teil 1956; 1. Bd. 2. Teil 1957; 2. Bd. 1. Teil 1957; 2. Bd. 2. Teil 1957 (zit. Wieczorek)
- WISKOTT, Ernst: Die Urkundenqualität der Telegramme nach dem geltenden deutschen Recht. Diss. Leipzig 1903 (zit. Wiskott)
- ZAUM, Karl: Handeln in und unter fremdem Namen. Diss. Bonn 1928 (zit. Zaum)
- ZEILER, A.: Zur Lehre von der Urkunde und der Urkundenfälschung, ZStW 34 (1913), S. 846 ff.
- ZELLERHOF, Franz: Die rechtliche Bedeutung des Handelns unter falschem Namen. Diss. Erlangen 1932 (zit. Zellerhof)

ZWIRNER, Hans:

Das Blankett als Willenserklärung. Diss. Greifswald
1918 (zit. Zwirner)

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A.	Auflage
a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angeführten Ort
abw.	abweichend
AcP	Archiv für civilistische Praxis (zit. nach Band und Seite)
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten 1794
Anm.	Anmerkung
Aufl.	Auflage
BayObLG	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen (Neue Folge)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
DJ	Deutsche Justiz, Rechtspflege und Rechtspolitik (zit. nach Erscheinungsjahr und Seite)
DJZ	Deutsche Juristenzeitung (zit. nach Erscheinungsjahr und Seite)
Diss.	Dissertation
DR	Deutsches Recht (zit. nach Erscheinungsjahr und Seite)
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift (zit. nach Erscheinungsjahr und Seite)
DStR	Deutsches Strafrecht (zit. nach Erscheinungsjahr und Seite)
E.	Entwurf
E I 1959	Entwurf 1959 I
E II 1959	Entwurf 1959 II

GA	Archiv für Strafrecht und Strafprozess, begründet von Golt-dammer (zit. nach Band und Seite)
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot (zit. nach Band und Seite)
GS	Der Gerichtssaal (zit. nach Band und Seite)
HB	Halbband
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtssprechung (zit. nach Erscheinungsjahr und Nummer)
JMB1NRW	Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
JR	Juristische Rundschau (zit. nach Erscheinungsjahr und Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (zit. nach Erscheinungsjahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung (zit. nach Erscheinungsjahr und Seite)
KG	Kammergericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Lindenmaier, Möhring u. a.
LZ	Leipziger Zeitschrift für das Deutsche Recht (zit. nach Erscheinungsjahr und Spalte)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (zit. nach Erscheinungsjahr und Seite)
Mot.	Motive zum BGB
n. F.	neue Fassung oder neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (zit. nach Erscheinungsjahr und Seite)
OLG Rspr.	Die Rechtssprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann (zit. nach Band und Seite)
OT	Preussisches Obertribunal
OT bei Opp.	Entscheidungen des Preussischen Obertribunals, herausgegeben von Oppenhoff (zit. nach Band und Seite)

PrStGB	Preussisches Strafgesetzbuch 1851
Recht	Das Recht (zit. nach Erscheinungsjahr und Nummer)
RG	Reichsgericht oder Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RG Rspr.	Rechtssprechung des deutschen Reichsgerichts in Strafsachen (zit. nach Band und Seite)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RMG	Reichsmilitärgericht oder Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts
RW	Rechtswidrigkeit
SchlHAnz	Schleswig-Holsteinische Anzeigen (zit. nach Erscheinungsjahr und Seite)
Seuff Bl	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung (zit. nach Band und Seite)
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (zit. nach Erscheinungsjahr und Seite)
s. o.	siehe oben
s. u.	siehe unten
StGB	Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 1871
StPO	Strafprozessordnung
StRZ	Deutsche Strafrechts-Zeitung (zit. nach Erscheinungsjahr und Seite)
Tb	Tatbestand
TelO	Telegraphenordnung
UF	Urkundenfälschung
Urt.	Urteil
VDA	Vergleichende Darstellung des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Band 1 - 6 (zit. nach Band und Seite)
VDB	Vergleichende Darstellung des Strafrechts, Besonderer Teil, Band 1- 9 (zit. nach Band und Seite)

ZAKDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (zit. nach Erscheinungsjahr und Seite)
ZBH	Zentralblatt für Handelsrecht (zit. nach Erscheinungsjahr und Seite)
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (zit. nach Band und Seite)

Die Bedeutung weiterer Abkürzungen ergibt sich aus dem Literaturverzeichnis.

Die übrigen Abkürzungen sind allgemein üblich.

§§ ohne nähere Bezeichnung sind solche des StGB.

EINLEITUNG

I. DIE BESTIMMUNG DES § 267 UND IHRE GESCHICHTE

§ 267 bestimmt in seiner jetzigen Fassung 1): "Wer zur Täuschung im Rechtsverkehr eine unechte Urkunde herstellt, eine echte Urkunde verfälscht oder eine unechte oder verfälschte Urkunde gebraucht, wird wegen Urkundenfälschung mit Gefängnis bestraft."

Diese Fassung beruht auf der Strafangleichungsverordnung vom 29.5.1943 2). Die bis dahin geltende Fassung des § 267 lautete: "Wer in rechtswidriger Absicht eine inländische oder ausländische öffentliche Urkunde oder eine solche Privaturkunde, welche zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit ist, verfälscht oder fälschlich anfertigt und von derselben zum Zwecke einer Täuschung Gebrauch macht, wird wegen Urkundenfälschung mit Gefängnis bestraft."

Die im Jahre 1943 erfolgte Gesetzesänderung verwandelte das ursprünglich zweiaktige Delikt der UF in ein einaktiges Delikt: Nach der neuen Fassung kann sowohl durch Herstellung als auch durch das Gebrauchmachen gewisser Urkunden ein vollendetes Delikt begangen werden. Von der Aufspaltung in ein zweiaktiges Delikt abgesehen brachte die Neufassung des § 267 keine sachliche Änderung.

So wurde in Bezug auf den objektiven Tb bereits vor der Neufassung das "fälschliche Anfertigen" als ein "Herstellen einer unechten Urkunde" angesehen 3). Die Neufassung brachte auch keine sachlichen Änderungen im subjektiven Tb. Dies ergibt sich auf folgenden Erwägungen: Das Merkmal "zur Täuschung im Rechtsverkehr" ist identisch mit der Absicht, "den Adressaten durch Täuschung über die Echtheit der Urkunde zu einem rechtserheblichen Verhalten zu bestimmen" 4). Un-

-
- 1) Nach § 309 Abs. I/EI 1959 und dem gleichlautenden § 303 Abs. I/EII 1959 setzt das Verfälschen keine echte Urkunde voraus (vgl. dagegen § 267). Die beiden Entwürfe weichen ausserdem in der Strafandrohung von § 267 ab (Gefängnis bis zu drei Jahren oder Strafhaft). Ansonsten stimmen § 309 Abs. I/EI 1959 und § 303 Abs. I/EII 1959 mit § 267 Abs. I fast wörtlich überein.
 - 2) R.G.Bl. I S. 339
 - 3) vgl. u.a. FRANK §267 Anm. I; LK (4. A.) § 267 Anm. 21; vgl. auch SCHÖNKE DSrR 1943, S.139, wo gesagt wird, dass für die Frage, wann eine Urkunde echt ist, die bisherigen Grundsätze gelten.
vgl. MÜHLMANN-BOMMEL § 267 Anm. 6: Herstellen einer unechten Urkunde entspricht im vollen Umfange dem "fälschlichen Anfertigen" einer Urkunde.
 - 4) MAURACH BT, S.434; ähnlich alle sich nach der Neufassung mit dem subjektiven Tb des § 267 befassenden Entscheidungen und Autoren. vgl. BGH 2, 50

ter der "rechtswidrigen Absicht" in § 267 a.F. verstand man 1) früher die Absicht des Täters, mit der Urkunde im Rechtsleben zu täuschen und eine andere Person

Fortsetzung der Fussnote 4), Seite 1:

(52) = NJW 1952, S.231; OLG Oldenburg JR 1952, S.410 (411); BGH 5, 149 (152); OLG Hamm JMBlnRW 1956, S.45 (Urt. v. 21.11.1955); OLG Hamm NJW 1957, S.638 (639) (Urt. v. 20.12.1956); BayObLG MDR 1958, S.264; DALCKE § 267 Anm.2 (mit der Besonderheit, dass er das Merkmal "zur Täuschung im Rechtsverkehr" in den Vorsatz einbezieht); KOHLRAUSCH-LANGE § 267 Anm. VII 2; JA-GUSCH LK § 267 Anm. 7b; MEZGER StuB II, S.216; MÜHLMANN-BOMMEL § 267 Anm.10; SAUER, S.199; SCHÖNKE-SCHRÖDER § 267 Anm.IX 2; SCHWARZ § 267 Anm.5 B a; WELZEL, S.335.

1) a. RG 2, 173 (177); RG 2, 376 (377); RG 5, 149 (150); RG 9, 399 (400); RG 17, 200 (201); RG 21, 69 (70); RG 23, 249 (250); RG 23, 335 (338); RG 26, 220 (222); RG 35, 117 (119); RG 41, 315 (318); RG 47, 199; RG 51, 237 (239); RG 53, 157; RG 56, 114; RG 56, 235 (236); RG 57, 235 (238); RG 64, 96; RG 68, 2 (6); RG Rspr. VIII, 493; RG Rspr. X, 141; RG Recht 1906, Nr. 558; RG Recht 1906, Nr. 1865; RG StRZ 1918, S. 375; RG DJ 1935, S. 1193; RG DR 1940, S. 1828, Nr. 8; RG DR 1941, S. 262;

BERNER, S.599; BINDING, S.245; LK (4. A.) § 267 Anm.40; FRANK § 267 Anm. VI 3; GERLAND, S.438; v. LISZT-SCHMIDT, S.745; MEZGER, DStRe, S.217; OETKER, S.74; OLSHAUSEN § 267 Anm.4a; OPPENHOFF, § 267 Anm.1; SCHMIDT, S.325; WEISSMANN ZStW 11, S.49.

- b. Einige frühere Entscheidungen des Reichsgerichts vertraten allerdings eine von der im Text wiedergegebenen Ansicht abweichende Auffassung, indem sie die "rechtswidrige Absicht" mit dem Willen gleichsetzten, einen materiell-rechtswidrigen Erfolg zu erreichen bzw. ein fremdes Recht oder einen bestehenden Rechtszustand zu verletzen. vgl. RG 1, 293 (294); RG GA 28, S.155; RG Rspr. III, 649 (651); RG 8, 92 (94); RG Rspr. VI, S.323 (325); RG 12, 170 (172 unten); RG 21, 56 (58); im Schrifttum wurde eine diesen Entscheidungen entsprechende Ansicht lediglich von Paul MERKEL (JW 1924, S.1167; JW 1925, S.2377; JW 1931, S.1196 (1197): Nur wenn der Täter einen vom Recht nicht gebilligten Erfolg mit seiner Fälschung und dem Gebrauchmachen angestrebt hat; in JW 1925, S.2377 schwenkt Merkel allerdings am Ende seiner Ausführungen praktisch auf die h. M. ein) und von FUHRMANN (vgl. S. 51, wo er Merkel zustimmt) vertreten.
- c. In einigen älteren Entscheidungen hat das Reichsgericht und das Reichsmilitärgericht das Merkmal der "rechtswidrigen Absicht" mit dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit identifiziert. vgl. RG 5, 151 (s.u. S. 77); RMG 12, 251 (s.u. S. 82);

durch die Täuschung zu einem rechtserheblichen Verhalten zu bestimmen, zu dem er nach Meinung des Täters ohne die Täuschung nicht oder doch nicht so sicher gelangt wäre.

Ein "Gebrauchmachen zum Zwecke einer Täuschung" im Sinne des § 267 a.F. lag nach allgemeiner Meinung dann vor, wenn der Täter bei demjenigen, dem gegenüber der Gebrauch erfolgt, über die Echtheit täuschen wollte 1). Vergleicht man nun die Bedeutung des subjektiven Merkmals in § 267 n.F. mit der Bedeutung des auf Grund der früheren Zweideutigkeit aufgespaltenen subjektiven Merkmals in § 267 a.F., so ergibt sich, dass hinsichtlich der subjektiven Voraussetzungen in § 267 - von der durch die Einführung der Einaktivität bedingten rein technischen Veränderung abgesehen, die in der Zusammenziehung des früher aufgespaltenen subjektiven Merkmals besteht - kein sachlicher Wandel eingetreten ist.

Der Unterschied zur alten Fassung besteht auch insoweit lediglich in der Formulierung, die in der n.F. des § 267 klarer ist und insbesondere die der a.F. von der h. M. zuteil gewordene Auslegung berücksichtigt 2).

II. DIE ABGRENZUNG DES THEMAS UND DER GANG DER UNTERSUCHUNGEN IN DER ARBEIT

Die Aufgabe, die sich die vorliegende Arbeit gestellt hat, besteht nun nicht darin, einen vollständigen Kommentar zu der Bestimmung des § 267 zu liefern; es soll in ihr vielmehr lediglich die Klärung des in § 267 verwendeten Begriffs der

Fortsetzung der Fussnote 1), Seite 2:

vgl. demgegenüber RG Recht 1908, Nr. 2274, wo ausdrücklich betont wird, dass die "rechtswidrige Absicht" nicht mit dem Bewusstsein der RW identisch ist. Im gleichen Sinne WEISSMANN ZStW 11, S. 49 und LK (4. A.) § 267 Anm. 40.

d. Einige RG-Urteile sind äusserst unscharf und lassen nicht genau erkennen, was sie unter der "rechtswidrigen Absicht" verstehen. vgl. RG 6, 251 (253) (s.u. S. 82 f); RG 16, 325 (326) (s.u. S. 79f); über die eigenartige Auffassung in RG 22, 377 vgl. unten S. 125

1) RG 1, 230; RG 8, 92; RG 9, 398 (400); RG 26, 383 (384); RG DR 40, 1828, Nr. 8.

BINDING, S. 241; LK (4. A.) § 267 Anm. 34; FRANK § 267 Anm. VI; GERLAND, S. 438; OLSHAUSEN § 267 Anm. 38; SCHMIDT, S. 325.

2) vgl. auch SCHÖNKE DstR 1943, S. 141 und MEZGER StUB II, S. 216. Beide lassen erkennen, dass die jetzige Fassung der früher dem Merkmal der "rechtswidrigen Absicht" von der h. M. zuteil gewordenen Auslegung entspricht. Ebenso MÜHLMANN-BOMMEL § 267 Anm. 10 und TIMCKE, S. 122.

"unechten Urkunde" versucht werden.

Der dabei eingeschlagene Weg führt über folgende Stationen: Der 1. Teil der Arbeit liefert durch Auslegung eine Rahmendefinition, wonach eine unechte Urkunde einen urkundenähnlichen Gegenstand darstellt, bei dem die als Aussteller erscheinende Person (der angebliche Aussteller) nicht mit dem wirklichen Aussteller identisch ist 1). Im 2. und 3. Teil soll dann versucht werden, die Begriffe des angeblichen und wirklichen Ausstellers zu klären, die, wie aus der im 1. Teil gefundenen Rahmendefinition hervorgeht, für die Feststellung, ob eine unechte Urkunde vorliegt, von entscheidender Bedeutung sind. Der 3. Teil der Arbeit wird dabei besonders ausführlich gestaltet. Der Verfasser hat sich nämlich die Aufgabe gestellt, insbesondere die in der Lehre von der unechten Urkunde vertretene sog. Geistigkeitstheorie zu würdigen, die sich mit dem Ausstellerbegriff befasst.

Eine Zusammenfassung der in der Arbeit für den Begriff der unechten Urkunde gefundenen Ergebnisse bringt dann der 4. Teil der Arbeit.

II., DIE BEDEUTUNG DER ARBEIT FÜR DEN VERFÄLSCHUNGSTATBESTAND

Das Ergebnis, das für den Begriff der "unechten Urkunde" gefunden werden wird, kann nicht nur für die Alternative des § 267 verwendet werden, in der von einem Herstellen und einem Gebrauchmachen von einer unechten Urkunde die Rede ist; er gibt auch Auskunft über die Voraussetzungen, die vorliegen müssen, damit von einem Verfälschen einer Urkunde bzw. von einem Gebrauchmachen von einer verfälschten Urkunde gesprochen werden kann. Dies folgt einmal schon daraus, dass der Verfälschungstatbestand das Vorliegen einer echten, d. h. also einer nicht unechten Urkunde verlangt 2); zum andern aber auch daraus, dass das Produkt einer Verfälschung stets eine unechte Urkunde ist 3), so dass die Grundsätze, nach denen es sich bemißt, ob eine unechte Urkunde gegeben ist, auch Aufschluss über die Frage geben, ob ein Verfälschen bzw. ein Gebrauchmachen von einer verfälschten Urkunde vorliegt.

1) S. 18

2) § 267

3) vgl. BINDING, S. 230 (Unterscheidung zwischen Verfälschung und Fälschen wertlos); FRANK § 267 Anm. V 1 b a. E. (Beide Formen fließen ineinander über); JAGUSCH LK § 267 Anm. 1 (Verfälschen ist eine Erscheinungsform des Herstellens einer unechten Urkunde); MAURACH BT, S. 432 (Gleichstellung des Unehtheitstatbestandes mit dem Verfälschungstatbestand nicht gerechtfertigt, auch bei der Verfälschung Herstellung einer unechten Urkunde. Sachlich. berechtigt bleibt der Eigenwert des Verfälschungstatbestandes nur in dem Falle, wo eine nachträgliche Änderung des Textes durch den ursprünglichen Aussteller stattfindet); SCHÖNKE-SCHRÖDER § 267 Anm. VI (Fälschung und Verfälschung

1. T E I L

DIE RAHMENDEFINITION DES BEGRIFFS DER UNECHTEN URKUNDE
(NICHTIDENTITÄT ZWISCHEN ANGEBLICHEM UND WIRKLICHEM AUSSTELLER)

1. KAPITEL

Der Begriff der Urkunde

1. ABSCHNITT

Der Begriff der Urkunde im allgemeinen

Will man das Merkmal der unechten Urkunde klären, so liegt es nahe, von dem Begriff der Urkunde als solcher auszugehen:

Urkunde im Sinne des Strafrechts ist jede mit einer körperlichen Sache fest verbundene und allgemein oder doch für die Beteiligten verständliche Gedanken-erklärung, die bestimmt und geeignet ist, im Rechtsverkehr eine ausserhalb ihrer selbst liegende Tatsache zu erweisen, und zugleich den Aussteller bezeichnet oder doch erkennbar macht 1). Teilweise wird der Begriff der Urkunde auf die schriftliche Verkörperung einer Gedankenklärung beschränkt 2).

Fortsetzung der Fussnote 3), Seite 4:

bilden keine scharfen Gegensätze, beide Begriffe gehen ineinander über). In dem Sinne wie die Zitierten auch die Dissertationen von HANEBERG (S. 37 ff.); SCHEIBER (S. 19 Anm. 5); SCHILDWÄCHTER (S. 39); abweichend nur HAHN (S. 26 f.).

Zu der Frage vgl. auch GÜRTNER I, S. 195 und GÜRTNER II, S. 359. Danach unterschieden die Entwürfe 1934 und 1936 nicht mehr zwischen Fälschen und Verfälschen, sondern sprachen lediglich von der Herstellung einer unechten Urkunde.

- 1) So SCHÖNKE-SCHRÖDER § 267 Anm. III mit grundsätzlicher Übereinstimmung mit der h. M.; vgl. RG 68, 48 und RG 77, 275, ferner für § 348 Abs. 2 BGH 3, 82 (84); in der Literatur stimmen mit der im Text wiedergegebenen Urkunden- definition grundsätzlich überein: DREHER-MAASSEN § 267 Anm. 2; KOHL- RAUSCH-LANGE § 267 Anm. III 1; JAGUSCH LK Bem. 3a vor § 267; MEZGER StUB II, S. 209; MÜHLMANN-BOMMEL § 267 Anm. 2; PETERS § 267 Anm. 3a; SCHWARZ § 267 Anm. 1; von der Tatsache, dass sie Schriftlichkeit verlangen, abgesehen auch MAURACH BT, S. 423 und WELZEL, S. 328.
- 2) vgl. MAURACH BT, S. 425; NAGLER LK (7. A.) VORBEM. IV 2b vor § 267 und WELZEL, S. 328. In der älteren Literatur BINDING, S. 208; BROD- MANN, S. 13; GERLAND, S. 433; MERKEL, S. 223; OETKER, S. 15 ff.; SCHMIDT, S. 320 unt.

Von einer Erörterung sämtlicher Urkundenmerkmale darf hier wohl abgesehen werden. Die vorliegende Arbeit hat sich nämlich speziell die Aufgabe gestellt, den Begriff der unechten Urkunde zu klären 1). Sie darf daher den Urkundenbegriff, so wie ihn die h. M. versteht, gleichsam voraussetzen und bezüglich der einzelnen Urkundenmerkmale grundsätzlich auf die Kommentar- und Lehrbuchliteratur verweisen.

Von der Verweisungsmöglichkeit kann lediglich hinsichtlich der Merkmale der Erkennbarkeit des Ausstellers und des Beurkundungswillens des Ausstellers kein Gebrauch gemacht werden. Da die Erörterung des Unehtheitsbegriffs insbesondere auf diese Merkmale zurückgreifen müssen wird, ist es nämlich für eine verständliche Darstellung erforderlich, hier die Bedingungen dieser Merkmale zu erläutern.

2. ABSCHNITT

Die Erkennbarkeit des Ausstellers insbesondere

A. DER BEGRIFF DES AUSSTELLERS

Die Frage, ob der Aussteller erkennbar ist, kann für den Einzelfall nur dann beantwortet werden, wenn geklärt ist, was unter dem Aussteller einer Urkunde zu verstehen ist.

Hierüber besteht in Schrifttum und Rechtsprechung Streit 2). Fest steht lediglich, dass jedenfalls der als Aussteller anzusehen ist, der mit Wissen und Willen den äusseren Tatbestand einer Erklärung selbst setzt oder wenigstens unter den selben Bedingungen die Erklärungsverkörperung unterzeichnet 3). Ansonsten besteht über die Frage der die Ausstellereigenschaft bedingenden Voraussetzungen keine Einigkeit. Umstritten ist insbesondere, ob und inwieweit auch eine nicht-physische Beziehung zu einer Urkunde die Ausstellereigenschaft begründen kann 4). Die Klärung dieser Frage bleibt jedoch dem 3. Teil der Arbeit vorbehalten. Hier sollen lediglich die Voraussetzungen angeführt werden, die gegeben sein müssen, damit eine Person, die Aussteller ist, als solche erkennbar ist, wie es der Urkundenbegriff verlangt.

Bemerkt sei hier nur noch, dass auch juristische Personen als Aussteller in Frage kommen können 5). Dasselbe dürfte aber auch für nicht rechtsfähige Perso-

1) vgl. oben S. 3 f

2) vgl. den 3. Teil der Arbeit

3) vgl. unten S. 32 ff.

4) vgl. unten S. 71 ff.

5) vgl. RG 52, 12 (die Stadtgemeinde); RG HRR 1939, Nr. 398 (Deutsche Arbeitsfront); BGH 7, 149 (152) (auch Behörden als solche können Aussteller von Ur-

nengemeinschaften (OHG, KG) gelten; denn das Strafrecht, dem eine formale Betrachtungsweise fremd ist, kann hier im Verhältnis zu juristischen Personen keine Differenzierung vornehmen 1).

B. DIE ERKENNBARKEIT DES AUSSTELLERS INSBESONDERE

I. DIE GRUNDSÄTZE, NACH DENEN SICH DIE ERKENNBARKEIT DES AUSSTELLERS IM ALLGEMEINEN RICHTET

Für das Merkmal der Erkennbarkeit des Ausstellers genügt es keineswegs immer, dass die Person, die Aussteller ist, in der Urkunde genannt ist.

Selbst die Anhänger der h. M., die ja auch eine nicht-physische Beziehung zur Urkunde für die Ausstellereigenschaft genügen lassen 2), verneinen nämlich ohne Einschränkung die Urkundenqualität bei einem Schriftstück, aus dem hervorgeht, dass es im Auftrag einer bestimmten, in der Urkunde genannten Person geschrieben wurde, das jedoch die Person des tatsächlichen Vollziehers nicht erkennen lässt 3).

Fortsetzung der Fussnote 5), Seite 6:

kunden sein); BGH 9, 44 (46) (Hauptniederlassung eines Kreditinstitutes); JAGUSCH LK Bem. 3c vor § 267.

1) vgl. dazu RG GA 55, S. 229 (OHG als Aussteller).

2) vgl. unten S. 114 ff.

3) vgl. EBERMAYER LK (4. A.) § 267 Anm. 4a (Ebermayer verneint dort, obwohl er Anhänger eines nicht-physischen Ausstellerbegriffs ist (vgl. unten S. 122), unter allen Umständen die Urkundenqualität eines Schriftstücks, das mit "I. A. August Meier" unterzeichnet ist; JAGUSCH LK Bem. 7a vor § 267 (Dort wird die Urkundenqualität eines Schriftstücks verneint, das "selbst zum Ausdruck bringt, dass es nicht von dem als Aussteller Genannten stammt". Auch Jagusch vertritt einen nicht-physischen Ausstellerbegriff (vgl. unten S. 113, 122, S. 148); MERKEL (auch Merkel verneint als Anhänger eines nicht-physischen Ausstellerbegriffs (vgl. unten S. 113) das Vorliegen einer Urkunde, wenn ein Schriftstück im Namen eines anderen geschrieben worden ist); TIMCKE (S. 160 unten), ebenfalls Anhänger eines nicht-physischen Ausstellerbegriffs (vgl. unten S. 142 ff.), lehnt die Urkundenqualität für den Fall ab, dass nur "für N." oder "im Auftrag des N." unterzeichnet wurde, indem er eine anonyme Erklärung annimmt.
vgl. ferner RG 34, 205; RG 68, 174; RG 36, 129 (130); RG Recht 1906, S. 1328. Obwohl das Reichsgericht fast durchwegs einen nicht-physischen Ausstellerbegriff vertritt (vgl. unten S. 111 ff.), wird von diesen Entscheidungen die Urkunden-

Würde es genügen, dass die Person, die Aussteller ist, in der Urkunde erscheint, so dürften gerade die Anhänger der h. M. die Urkundenqualität nicht ohne Einschränkung verneinen; denn derjenige, der mit der Urkundenherstellung einverstanden war, bzw. derjenige, für den die in der Urkunde enthaltene Erklärung wirkt, der also nach der h. M. der Aussteller derselben ist, erscheint ja in der Urkunde. Das Merkmal der Erkennbarkeit muss daher in einem eingeschränkten Sinne verstanden werden.

Die Behandlung der Schriftstücke, die zwar den Auftraggeber der Herstellung, nicht jedoch die Person des tatsächlichen Herstellers erkennen lassen, lässt zunächst vermuten, dass man von der Erkennbarkeit des Ausstellers nur dann spricht, wenn dieser als tatsächlicher Vollzieher der Urkunde erscheint. Dem widerspricht wiederum, dass allgemein auch Drucksachen als Urkunden angesehen werden 1). Dadurch wird nämlich gerade der als erkennbarer Aussteller angesehen, der nicht als körperlicher Hersteller erscheint. So sind bei gedruckten Erklärungen, die eine gedruckte Unterschrift tragen und Urkundenqualität haben, die erkennbaren Aussteller in der Regel die in der Unterschrift Genannten; denn, da andere Personen als erkennbare Aussteller nicht in Frage kommen, kann die

Fortsetzung der Fussnote 3), Seite 7:

eigenschaft in Fällen ausgeschlossen, bei denen der in der Urkunde Genannte als deren geistiger Veranlasser erscheint, vgl. RG 34, 205 (die Beifügung eines "p." vor einer Namensunterschrift lässt den Aussteller nicht erkennen); ebenso für denselben Fall RG Recht 06, S. 1328 und RG 36, 129 (130); vgl. ferner RG 8, 174 (die Angeklagte K hatte einen Brief verfasst und an die Witwe B abgesandt, dem sie den Anschein gab, als wäre er von einer ungenannten dritten Person im Auftrag des Sohnes der Witwe B geschrieben und unterschrieben. In dem Brief wurde die Adressatin ersucht, für ihren Sohn an eine bestimmte Adresse Geld zu übersenden. Obwohl die Angeklagte von dem Sohne der Witwe keinen Auftrag hatte, nahm das Reichsgericht keine unechte Urkunde an ("... es ist vielmehr ... in dem Briefe ersichtlich gemacht, dass die Unterschrift in Frage nicht von Stephan B., sondern in dessen Auftrage von einer dritten, nicht genannten Person geschrieben sei"))).

-
- 1) vgl. die bei JAGUSCH (LK Bem. 3f vor § 267) aufgeführten Beispiele: Anrechtskarte für die Strassenbahn (RG LZ 1918, S. 113); Gepäckschein (RG 37, 318); mechanische Vervielfältigungen (RG 29, 357 (359)); vgl. ferner LK (4. A.) § 267 Anm. 14, wo unter Hinweis auf RG 10, 304; RG 12, 17; RG 13, 168; RG 57, 69 ausgeführt wird, dass solange das Gesetz nicht eigenhändige Unterschrift verlange, mechanische Vervielfältigung (Druck, Hektographie, Stempel usw.) die Beweiserheblichkeit nicht ausschliesse. Anderer Ansicht nur BRODMANN, (S. 17, 21), der die Urkundenqualität in diesen Fällen verneint.

herrschende Meinung nur davon ausgehen, dass die hier behandelte Voraussetzung für das Vorliegen einer Urkunde, nämlich die Erkennbarkeit des Ausstellers, gerade durch das Vorhandensein dieser Unterschriften bedingt ist. Gerade diejenigen, die in der Unterschrift erscheinen, kommen jedoch kaum als tatsächliche Hersteller der Urkunde in Betracht; denn fast stets wird man bei gedruckten Erklärungen davon ausgehen können, dass der, dessen Name aufgedruckt ist, die Erklärungsverkörperung nicht selbst hergestellt hat.

Damit steht fest, dass jedenfalls auch nicht der Anschein, eine Urkunde selbst vollzogen bzw. unterschrieben zu haben, dafür entscheidend sein kann, ob der Aussteller unter den Begriff des erkennbaren Ausstellers fällt.

Die aufgezeigten Fallgruppen lassen jedoch ein Prinzip erkennen, nach dem sich die Frage beurteilt, ob der Aussteller der Urkunde als in der Urkunde erkennbar angesehen werden kann. Den entscheidenden Gesichtspunkt hierfür ersieht man nämlich, wenn man den gemeinsamen Grundsatz für die Ablehnung der Erkennbarkeit in dem einen Falle und für deren Bejahung im anderen Falle erkennt: das Nichtvorhandensein bzw. das Vorhandensein des Anscheins, mit der Urkunde eine eigene Erklärung abzugeben. Der Anschein, dass die in der Urkunde genannte Person mit ihr eine eigene Erklärung abgegeben hat, fehlt im ersten Falle des handschriftlich vollzogenen bzw. handschriftlich unterzeichneten Schriftstücks; denn aus dem Schriftstück geht hervor, dass ein anderer selbständig Handelnder die Erklärung für die genannte Person abgegeben hat. Der Anschein, dass die in der Urkunde genannte Person mit dieser eine eigene Erklärung abgegeben hat, ist im zweiten Falle vorhanden; denn die Urkunde ergibt, dass die genannte Person eine eigene Erklärung, wenn auch mit Hilfe von ihr völlig Abhängiger, existent hat werden lassen.

Im ersten Falle wurde die Erkennbarkeit des Ausstellers ohne Einschränkungen verneint, obwohl gerade die in der Urkunde erscheinende Person nach der h. M. der Aussteller sein könnte; im zweiten Falle wurde die Erkennbarkeit des Ausstellers bejaht, obwohl gerade die Person, die nach der h. M. Aussteller sein könnte, nicht als faktischer Vollzieher erscheint.

Damit ist erwiesen, dass sich die Frage, ob der Aussteller der Urkunde in ihr erkennbar ist, danach bemisst, ob er nach dem Inhalt der Urkunde die in ihr enthaltene Erklärung als eigene abgegeben hat. "Die Urkunde muss den Aussteller als Garanten der rechtserheblichen Erklärung erscheinen lassen" 1).

II. DIE GRUNDSÄTZE, NACH DENEN SICH DIE ERKENNBARKEIT DES AUSSTELLERS IM EINZELFALLE BESTIMMT

1) Damit ist jedoch die Frage nach der Erkennbarkeit des Ausstellers nicht erschöpft. Bisher wurde lediglich festgestellt, dass auf den Aussteller in der Ur-

1) WELZEL, S. 330

kunde als auf den Garanten der rechtserheblichen Erklärung hingewiesen sein muss. Nach welchen Grundsätzen es sich bemisst, ob der Hinweis in der Urkunde gerade die Person des Ausstellers trifft, ist bisher noch nicht dargelegt. Hierüber gibt jedoch die Literatur und die Rechtsprechung im Gegensatz zu der oben unter I. behandelten Frage umfassende Hinweise.

2) Daraus ist insbesondere zu entnehmen, dass der Aussteller in der Urkunde nicht ausdrücklich mit seinem bürgerlichen Namen genannt zu sein braucht. Es genügt nämlich, dass "die Individualisierung nach den Verhältnissen der Beteiligten oder Eingeweihten, nach Herkommen oder Vereinbarung zur Kenntlichmachung des Ausstellers zureicht, sofern sie sich nur aus der Urkunde selbst ergibt und nicht erst mittels zusätzlicher Beweise ermöglicht wird" 1).

Entscheidend dafür, ob der Aussteller erkennbar ist, ist also der Inhalt der Urkunde 2). Es dürfen vor allem keine völlig ausserhalb der Urkunde liegende Umstände herangezogen werden 3). Mit herangezogen werden dürfen lediglich Herkommen und Vereinbarung 4). Eine gewisse Erleichterung ist auch dadurch gegeben, dass die Erkennbarkeit bei den Beteiligten genügt 5).

Aus den genannten Grundsätzen folgt insbesondere, dass auch Fahrkarten und ähnliche Massenzettel, in denen keine der Personen, die als Aussteller in Frage kommen könnten, ausdrücklich in der Urkunde genannt ist, Urkunden sein können.

1) MAURACH BT, S. 427

2) JAGUSCH LK Bem. 3c vor § 267 ("Inhalt und Zusammenhang des Schriftstücks"); KOHLRAUSCH-LANGE § 267 Anm. 3; MEZGER StUB II, S. 210; WELZEL, S. 330 (nicht aus einer "ausserhalb des verkörperten Gedankeninhalts liegenden Tatsache").

3) RG 40, 217 (Der Angeklagte (St) schrieb Zettel ohne Unterschrift und sonstigem Hinweis auf den Aussteller und liess ihn an eine andere Person überbringen, wobei dem Empfänger bedeutet werden sollte, ein gewisser H. habe den Zettel unterschrieben. Das Reichsgericht verneint das Vorliegen einer Urkunde, da der Aussteller nur mittels völlig ausserhalb der Urkunde liegenden Umständen ermittelt werden kann. Streng genommen hätte allerdings das Reichsgericht das Nichtvorliegen einer unechten Urkunde positiv feststellen müssen; denn, weil eine unechte Urkunde keine Urkunde ist (vgl. unten S. 14), folgt aus dem Nichtvorliegen einer Urkunde nicht, dass auch keine unechte Urkunde gegeben ist. Vgl. ferner RG DR 1941, S. 2290 Nr. 2 und RG 64, 97 (98) und SCHÖNKE-SCHRÖDER § 267 Anm. III 3 a.

4) SCHÖNKE-SCHRÖDER § 267 Anm. III 3 a (Gesetz, Herkommen und Vereinbarung der Parteien).

5) RG DR 1941, S. 2290 Nr. 2; SCHÖNKE-SCHRÖDER § 267 Anm. III 3a ("Wenn vielleicht auch nur für die zunächst Beteiligten"); JAGUSCH LK Bem. 3c vor § 267.

Über die sich auf den für die Unechtheit wichtigen Begriff des angeblichen Ausstellers auswirkenden Konsequenzen der aufgezeigten Grundsätze vergleiche nachstehend 1).

III. FÜR DIE FRAGE DER ERKENNBARKEIT DES AUSSTELLERS SIND NUR OBJEKTIVE GESICHTSPUNKTE MASSGEBEND

Die Ausführungen unter I. und II. ergaben, dass für die Frage, ob der Aussteller erkennbar ist, stets objektive Grundsätze in dem Sinne massgebend sind, dass es auf den Willen des die Urkunde Herstellenden nicht ankommt. Dies musste hier besonders hervorgehoben werden; aus diesem Grundsatz ergibt sich nämlich, wie weiter unten 2) zu zeigen sein wird, die Unrichtigkeit der vielfach vertretenen Subjektivierung des Merkmals der unechten Urkunde.

IV. ERGEBNIS

Der Aussteller ist in der Urkunde erkennbar, wenn auf ihn in der Urkunde hingewiesen wird und wenn er dabei als Garant der rechtserheblichen Erklärung erscheint. Der Hinweis in der Urkunde kann dabei ausdrücklich geschehen, unter bestimmten Voraussetzungen aber auch aus den Umständen entnommen werden.

3. ABSCHNITT

Der Beurkundungswille des Ausstellers insbesondere

Für die Urkundenqualität ist erforderlich, dass der Aussteller den Beurkundungswillen hat, d. h. "den Willen, etwas Rechtserhebliches zu erklären" 3).

Keine Urkunde ist damit der Entwurf 4) oder der zu Lehrzwecken hergestellte Wechsel 5).

Die Erforderlichkeit des Beurkundungswillens entspricht der herrschenden Meinung. Diese verlangt, soweit sie sich mit dem Problem befasst, dieses Element für die Urkundenqualität 6). Der hier aufgestellte Grundsatz weicht nur in

1) vgl. unten S. 22 ff.

2) vgl. unten S. 24 und S. 25 ff.

3) MAURACH BT, S. 428

4) Gegen die Urkundenqualität des Entwurfs auch RG 57, 311; RG 64, 137; JAGUSCH LK Bem. 3a vor § 267; MAURACH BT, S. 426; SCHÖNKE-SCHRÖDER § 267 Anm. III 6; SCHWARZ § 267, Anm. 2 A; WELZEL, S. 332.

5) MAURACH BT, S. 428; RG 17, 109.

6) BINDING, S. 207; JAGUSCH LK Bem. 3a vor § 267; MAURACH BT, S. 428; OETKER, S. 37-42; RG 17, 109; RG 19, 243; etwas abweichend dabei nur

rein terminologischer Beziehung teilweise von der h. M. ab; diese gibt nämlich dem hier behandelten Urkundenelement zum Teil andere Bezeichnungen 1).

2. KAPITEL

Die Rahmendefinition des Begriffs der unechten Urkunde

Um die Bedeutung eines Begriffs zu ermitteln, muss man diesen auslegen. Hierfür stehen mehrere Methoden zur Verfügung. Es gibt eine geschichtliche, eine logisch-systematische, eine grammatische und eine teleologische Auslegungsmethode 2). Auszugehen ist bei der Auslegung stets vom Wortlaut, d. h. also von der grammatischen Auslegungsmethode 3).

1. ABSCHNITT

Die grammatische Auslegungsmethode - der Ausgangspunkt zur Klärung des Begriffs

A. DER UNECHTHEITSBEGRIFF NACH DEM ALLGEMEINEN SPRACHGEBRAUCH

Bei der Wortauslegung des Begriffs der unechten Urkunde sei zunächst von dem Gegenteil des Wortes 'unecht', nämlich dem Begriff der Echtheit ausgegangen.

Fortsetzung der Fussnote 6), Seite 11:

JAGUSCH, der den Beurkundungswillen ("Erklärungswillen") auch verneint, wenn die Unterschrift von einem Zurechnungsunfähigen herrührt, oder wenn ein Zurechnungsfähiger durch körperlichen Zwang oder unwiderstehliche Drohung (§ 52) zur Unterschrift genötigt wird. Der Ansicht Jaguschs kann nicht zugestimmt werden. Der Zurechnungsunfähige und der durch eine unwiderstehliche Drohung Genötigte können nämlich durchaus den Willen haben, etwas Rechtserhebliches zu erklären. Im Falle des unter körperlichem Zwang Stehenden fehlt ausserdem bereits die Ausstellereigenschaft (vgl. unten S.33), so dass die Frage, ob der Unterzeichnende hier Beurkundungswillen hat, gar nicht auftaucht.

-
- 1) Vom Beurkundungswillen spricht nur MAURACH BT, S.428; Sonst: BINDING, S.207 (Der echten Urkunde ist endlich die Ernstlichkeit wesentlich); JAGUSCH LK Bem. 7a vor § 267 (Erklärungs- bzw. Bezeugungswille); OETKER, S.41 (Feststellungswille).
 - 2) Bezeichnung nach MAURACH AT, S.80 ff.; ähnlich JAGUSCH LK § 2 Anm.I 3a und SCHÖNKE-SCHRÖDER § 2 Anm.VI.
 - 3) vgl. dazu SCHÖNKE-SCHRÖDER § 2 Anm.VI 1; BGH 2, 262; dagegen MAURACH AT, S.81.

I. DIE BEZEICHNUNG 'ECHT' IM ALLGEMEINEN SPRACHGEBRAUCH

Echt ist ein Gegenstand dann, wenn er alle Eigenschaften hat, die ihm begriffsmässig zukommen 1).

Ist ein Gegenstand nur dann echt, wenn er alle Eigenschaften hat, die ihm wesentlich sind, so wäre es nun an sich überflüssig, der Bezeichnung eines Gegenstandes das Wort 'echt' hinzuzufügen. Denn das Merkmal 'echt' ist in dem Begriff des betreffenden Gegenstandes schon enthalten. Ist ein Gegenstand nicht echt, fehlen ihm also die Eigenschaften, die sein Wesen ausmachen, so hört auch der Gegenstand auf, sich selbst, d. h. dem nach dem Sprachgebrauch mit seinem Namen bezeichneten Gegenstand zu gleichen. So ist Gold, das nicht echt ist, eben kein Gold, und es ist streng genommen widerspruchsvoll, von unechtem Golde zu sprechen, da das Adjektiv 'unecht' das Vorliegen eines Gegenstandes verneint, der die Bezeichnung Gold verdient. Wenn nun dennoch der allgemeine Sprachgebrauch das Wort 'echt' bzw. 'unecht' verwendet, so beruht dies darauf, dass sich häufig ein Gegenstand findet, der, ohne alle Eigenschaften eines anderen zu besitzen, diesem doch sehr ähnlich ist. Um nun hervorzuheben, dass letzterer alle Eigenschaften besitzt, die ihm seinem Begriffe nach zukommen, verwendet man das Adjektiv 'echt' 2).

II. DIE BEZEICHNUNG 'UNECHT' IM ALLGEMEINEN SPRACHGEBRAUCH

Nachdem die Bedeutung des Wortes 'echt' im allgemeinen Sprachgebrauch ermittelt worden ist, gilt es nun, die Bedeutung des Wortes 'unecht' festzustellen; denn dieser Begriff soll hier geklärt werden.

Das Wort 'unecht' stellt als Gegenteil von echt fest, dass ein bestimmter Gegenstand die einem bestimmten Begriffe zukommenden Eigenschaften nicht besitzt. Ein Blick auf die Sprachpraxis zeigt nun, dass ein bestimmter Gegenstand nicht auf das Vorhandensein der Eigenschaften irgendwelcher Begriffe geprüft wird und damit die Anwendung des Wortes unecht begründet. Niemand spricht bei einem grauen Betonwürfel von 'unechtem Golde', obwohl ja der Betonwürfel nicht alle Eigenschaften besitzt, die dem Begriff Gold zukommen.

Es entsteht also die Frage, was uns veranlasst, einen bestimmten Begriff in bezug auf einen bestimmten Gegenstand als Norm anzusehen, um festzustellen, dass der Gegenstand nicht die Voraussetzungen des Begriffs erfüllt, was ja durch den Gebrauch des Wortes unecht erfolgt. Die Antwort gibt auch hier ein Blick auf den Sprachgebrauch. Während man in dem Falle des Betonwürfels nicht von 'unechtem Golde' spricht, wird man dies u. U. dann tun, wenn ein 'wie Gold aus-

1) So auch TIMPE, S. 20; SCHEIBER, S. 20; SCHNELKE, S. 5 ff.; HOPFENSBERGER, S. 8; vgl. auch Paul u. Euling, Deutsches Wörterbuch, S. 120.

2) In diesem Sinne schon TIMPE, S. 21.

sehendes Metallstück' vorliegt. Es veranlasst uns also die Ähnlichkeit eines Gegenstandes mit einem anderen, das Nichtvorliegen der jenem begriffsmässig zukommenden Eigenschaften mit dem Worte 'unecht' hervorzuheben. Das Mass der Ähnlichkeit, die erforderlich ist, damit der Begriff 'unecht' gebraucht werden kann, ist dabei von der Laune der Sprache des täglichen Lebens abhängig.

Berücksichtigt man diese Erwägungen, so ergibt sich für den Begriff 'unecht' folgende Definition: Das Adjektiv 'unecht' besagt, dass ein bestimmter Gegenstand nicht alle begrifflich notwendigen Eigenschaften eines ihm ähnlichen Gegenstandes besitzt.

B. DER BEGRIFF DER UNECHTEN URKUNDE NACH DEM ALLGEMEINEN SPRACHGEBRAUCH UND SEINE GEEIGNETHEIT FÜR § 267

I. DER BEGRIFF DER UNECHTEN URKUNDE NACH DEM ALLGEMEINEN SPRACHGEBRAUCH

Eine unechte Urkunde im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs ist ein urkundenähnlicher Gegenstand, der nicht alle Eigenschaften besitzt, die eine Urkunde aufweist.

Daraus ergibt sich, dass die unechte Urkunde eigentlich keine Urkunde ist 1); denn ein urkundenähnlicher Gegenstand besitzt ja nicht alle Eigenschaften, die die Anwendung des Urkundenbegriffs rechtfertigen. Dieser im Gebrauch des Adjektivs 'unecht' an sich liegende Widerspruch wird jedoch vom Sprachgebrauch gebilligt 2).

II. DIE GEEIGNETHEIT DES BEGRIFFS DER UNECHTEN URKUNDE NACH DEM ALLGEMEINEN SPRACHGEBRAUCH FÜR § 267

Die für den Begriff der unechten Urkunde auf Grund der bisherigen Auslegungsarbeit gewonnene Definition ist nun keineswegs ohne weiteres brauchbar. Sie gibt nämlich keine Klarheit darüber, was unter einem urkundenähnlichen Gegen-

1) So auch BINDING, S. 230 (anders dagegen auf S. 202 Anm. 1); BRODMANN, S. 19, 57; HORSTMANN, S. 12; MERTGEN, S. 30, 34; SPARR, S. 19; SCHEIBER, S. 22 unten; SCHNELKE, S. 7; TIMPE, S. 23 unten; ferner wohl WEISSMANN ZStW 11, S. 28: "... falsch bezeichnet den Schein im Gegensatz zum Wesen einer Sache."; JAGUSCH LK § 267 Anm. 2; RG 26, 270 (271).

Die Urkundenqualität einer unechten Urkunde bejahen dagegen HANEBERG, S. 21 Anm. 1; MERKEL, S. 98, 206; RANFT, S. 58 Anm. 14; SEIFERT, S. 50; ferner BINDING, S. 202 Anm. 1 (anders dagegen auf S. 230).

2) vgl. oben S. 13.

stand genau zu verstehen ist. Es steht nur soviel fest, dass der Gegenstand einige einer Urkunde wesentliche Eigenschaften haben muss; denn nur so kann man von einer Ähnlichkeit sprechen.

Die grammatische Auslegungsmethode ist nun wegen des nicht eindeutigen Ergebnisses für die Auslegung des Begriffs "unecht" im § 267 nicht völlig wertlos; sie zeigte nämlich die äussersten Grenzen des Sinnwandels, den der Begriff im Rechtsleben erfahren kann 1), und gab der Auslegungsarbeit somit wertvolle Anhaltspunkte. Wenn man nämlich auf Grund reiner Wortauslegung als eine unechte Urkunde einen urkundenähnlichen Gegenstand ansehen kann, der nur scheinbar alle einer Urkunde zukommenden Eigenschaften besitzt, so ist damit für die weitere Auslegung des Begriffs die Richtung gewiesen. Unklar blieb bei der rein grammatischen Methode lediglich, welche urkundenwesentliche(n) Eigenschaft(en) bei einem Gegenstand vorliegen müssen, um ihn als urkundenähnlich zu qualifizieren oder anders ausgedrückt: es war bei reiner Wortauslegung nicht eindeutig feststellbar, welche urkundenwesentliche(n) Eigenschaft(en) einem Gegenstande fehlen darf (dürfen), um von einem urkundenähnlichen, die fehlenden Eigenschaften also nur scheinbar besitzenden Gegenstand und damit von einer unechten Urkunde sprechen zu können 2).

Die Einengung der durch reine Wortauslegung gewonnenen Definition in Richtung auf einen eindeutigen Unechtheitsbegriff kann daher nur durch andere Auslegungsmethoden erfolgen. Dabei sei zunächst die teleologische Auslegungsmethode herangezogen.

2. ABSCHNITT

Die teleologische Auslegungsmethode beseitigt die Mehrdeutigkeit des auf Grund der rein grammatischen Methode für den Begriff der unechten Urkunde gewonnenen Ergebnisses

A. DAS IN § 267 GESCHÜTZTE RECHTSGUT

Die teleologische Auslegungsmethode geht vom Sinn und Zweck einer Vorschrift aus. Sie ist daher im Bereich des Strafrechts notwendigerweise rechtsgutsorientiert; denn die strafrechtlichen Tatbestände dienen meist dem Schutze eines bestimmten Rechtsgutes. Die Feststellung dieses Schutzobjektes ist daher die

1) vgl. JAGUSCH LK § 2 Anm. I 3

2) Als zu voreilig erweist sich daher der Schluss, den der BGH (BGH 9, 44/45) macht, wenn er, auf den allgemeinen Sprachgebrauch verweisend, als unecht jede Urkunde ansieht, die eine andere Person als Aussteller ausweist als den, der sie in Wahrheit ausgestellt hat.

wichtigste Voraussetzung für eine sinngemässe Auslegung von Strafgesetzen 1).

Gegenstand des strafrechtlichen Schutzes ist in § 267 nach der heutigen Rechtsprechung die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs mit Urkunden 2). In der Literatur herrscht im wesentlichen die gleiche Auffassung. So sagt Jagusch 3): "Geschütztes Rechtsgut ist bei Urkundenstraftaten die Sicherheit und Zuverlässigkeit der Beweisführung mit Urkunden und Beweiszeichen im Geschäftsleben oder Privatverkehr, im gerichtlichen oder sonstigen behördlichen Verfahren". Nach Maurach 4) enthalten die Urkundenstraftaten einen Angriff gegen das öffentliche Vertrauen in die Möglichkeit, Reinheit und Zuverlässigkeit des Urkundenbeweises. Nach Welzel 5) gilt der Strafschutz der Urkundentatbestände der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs. Schröder 6) sieht als geschütztes Rechtsgut des § 267 die Sicherheit und Reinheit des Rechtsverkehrs, insbesondere des Beweisverkehrs, an. Nach Sauer 7) ist das Schutzgut in § 267 die Sicherheit im Wirtschaftsleben gegenüber Fälschung von Beweismitteln. Dreher-Maassen 8) sieht in dem Delikt des § 267 einen Angriff auf die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs. Ähnlich Mühlmann-Bommel 9). Abweichend von der h.L. verneint Liszt-Schmidt 10) ein selbständiges Rechtsgut für § 267, indem er sagt, dass der Gesetzgeber die Urkunde nicht um ihrer selbst willen schütze, sondern nur um der verschiedenen Rechtsgüter willen, für welche die Urkunde von Bedeutung ist.

B. DIE TELEOLOGISCHE AUSLEGUNGSMETHODE FÜHRT ZUR RAHMENDEFINITION FÜR DIE UNECHTE URKUNDE

Die Feststellung von Sinn und Zweck des § 267 hilft die in der durch reine Wortauslegung erarbeiteten Unechtheitsdefinition liegende Unklarheit beseitigen und gibt Aufschluss darüber, welche urkundenwesentliche(n) Eigenschaft(en) einem Gegenstand fehlen darf (dürfen) und welche nicht, um ihn als urkundenähnlich und damit als unechte Urkunde anzusehen.

Aus dem Zweck des § 267, das Vertrauen der Allgemeinheit in den Rechtsverkehr mit Urkunden zu schützen, folgt zunächst, dass ein Gegenstand sehr weit-

1) SCHÖNKE-SCHRÖDER § 2 Anm. VI 2a; MAURACH AT, S. 173 unt.

2) So BGH 2, 50; ähnlich RG 76, 233 (234); RG 56, 235 (236); RG 50, 421.

3) JAGUSCH LK Vorbem. 2 vor § 267

4) MAURACH BT, S. 422

5) WELZEL, S. 327

6) SCHÖNKE-SCHRÖDER § 267 Anm. I

7) SAUER, S. 181

8) DREHER-MAASSEN § 267 Anm. 1

9) MÜHLMANN-BOMMEL § 267 Anm. 1

10) LISZT-SCHMIDT, S. 525; ähnlich TIMPE, S. 38

gehende Ähnlichkeit mit einer Urkunde haben muss, um als unechte Urkunde angesehen zu werden. Ein Erfordernis, das Vertrauen der Allgemeinheit zu schützen, besteht nämlich nur dann, wenn dieses gefährdet erscheint, was jedoch im Falle eines einer Urkunde nicht weitgehend ähnlichen Gegenstandes nicht zutrifft. Es muss sich daher bei den fehlenden Eigenschaften um solche handeln, bei denen die Erzeugung des Scheins ihres Vorhandenseins besonders leicht ist; denn andernfalls kann bei dem tatsächlichen Fehlen niemals ein weitgehend urkundenähnlicher Gegenstand vorliegen.

Die meisten der urkundenwesentlichen Eigenschaften - das Vorliegen einer Erklärung, die verkörpert ist, die Rechtserheblichkeit der Erklärung, die Beweisbestimmung und die Beweiseignung - können nicht leicht vorgespielt werden; denn ihr Fehlen ist stets aus der Urkunde selbst ohne nähere Untersuchung ersichtlich. Sie scheiden daher nach dem oben Ausgeführten aus dem Kreis der Eigenschaften aus, deren Fehlen das Vorliegen einer unechten Urkunde bedingt; denn bei ihrem Nichtvorhandensein kann niemals eine das Vertrauen der Allgemeinheit fordernde Ähnlichkeit vorliegen. Die einzige Eigenschaft der Urkunde, bei der die Erzeugung des Scheins eines wirklichen Vorhandenseins möglich ist, ist die Erkennbarkeit des Ausstellers. Die Erzeugung des Scheins kann nämlich dadurch geschehen, dass ein anderer als der wirkliche Aussteller als solcher erscheint, die Erkennbarkeit des Ausstellers also nur vorgetäuscht wird, während er aus der Urkunde in Wirklichkeit nicht hervorgeht.

Die Ermittlung der einer unechten Urkunde notwendigerweise fehlenden Eigenschaft lässt nun die Bedeutung des Wortes 'unechte Urkunde' in § 267 weit präziser erscheinen, als dies auf Grund der bisherigen Auslegungsarbeit der Fall war. Zunächst steht damit fest, dass eine unechte Urkunde im Sinne des § 267 ein Gegenstand sein muss, der ausser der Erkennbarkeit des Ausstellers alle einer Urkunde wesentlichen Eigenschaften besitzt. Die urkundenwesentliche Eigenschaft der Erkennbarkeit des Ausstellers muss ferner scheinbar vorliegen; denn die unechte Urkunde zeichnet sich, wie schon die reine Wortauslegung ergab, dadurch aus, dass sie scheinbar alle sich aus dem Urkundenbegriff ergebenden Eigenschaften besitzt. Das scheinbare Vorliegen der Erkennbarkeit des Ausstellers ist aber nur dadurch möglich, dass eine von dem wirklichen Aussteller verschiedene Person als Aussteller erscheint. Nur dadurch, dass eine bestimmte Person als Aussteller hingestellt wird, kann nämlich der Anschein erweckt werden, als sei der Aussteller erkennbar.

Nach dem Ergebnis der bisherigen Auslegungsarbeit ist somit die unechte Urkunde ein Gegenstand, der sonst alle Eigenschaften einer Urkunde besitzt, also urkundenähnlich ist, jedoch einen anderen als den wirklichen Aussteller als solchen erkennen lässt. Diese Sinndeutung des Begriffs 'unecht' in § 267 ergab sich auf Grund der Anwendung einer auf reiner Wortauslegung aufbauenden teleologischen Auslegungstechnik.

Das Ergebnis der bisherigen Auslegungsarbeit wird nun bestätigt, wenn man einen anderen, bisher noch nicht erwähnten, sich aus dem Zweck des § 267 ergebenden Gesichtspunkt berücksichtigt: Wie alle den Urkundenverkehr betreffenden Strafbestimmungen dient auch § 267 dazu, die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs mit Urkunden zu schützen. Der Rechtsverkehr mit Urkunden beruht auf deren Beweisfunktion. Sie dienen einmal dazu, den Nachweis zu erleichtern, dass eine bestimmte Person eine Erklärung abgegeben hat, die Erklärung also zu einer bestimmten Person in Beziehung steht, zum andern aber auch zum Nachweis ausserhalb der Erklärungsabgabe als solcher liegender, sich aus dem Inhalt der Urkunde ergebender Tatsachen. Bei einer unechten Urkunde im Sinne des § 267 muss es sich demnach um einen Gegenstand handeln, der das Vertrauen der Allgemeinheit in die Beweisfunktion der Urkunde gefährdet, der also etwas Unrichtiges beweist. Dies kann nun nach dem Ausgeführten sowohl dadurch geschehen, dass eine bestimmte Erklärung als von einer bestimmten Person abgegeben vorgetäuscht wird, als auch dadurch, dass der Inhalt der Urkunde einen nicht der Wirklichkeit entsprechenden Sachverhalt angibt. Damit ist aber erwiesen, dass die oben ermittelte Bedeutung des Begriffs der unechten Urkunde auch mit dem hier herausgestellten, sich aus dem Zweck des § 267 ergebenden Gesichtspunkt übereinstimmt und damit bestätigt ist. Ein urkundenähnlicher Gegenstand, der einen anderen als den wirklichen Aussteller als solchen erkennen lässt, erweist nämlich wenigstens insofern etwas Unrichtiges, als er vorspiegelt, dass eine bestimmte Person eine bestimmte Erklärung abgegeben hat, die Beziehung der Erklärung zu der auf dem Gegenstand als Aussteller erscheinenden Person also nur eine scheinbare ist.

Damit ist genügend nachgewiesen, dass nur ein Gegenstand, der sonst alle einer Urkunde wesentlichen Eigenschaften besitzt, jedoch nicht den wirklichen Aussteller, sondern einen anderen als Aussteller erscheinen lässt, die Voraussetzungen des Begriffs der unechten Urkunde im Sinne des § 267 erfüllt.

3. ABSCHNITT

Das gefundene Ergebnis und seine Übereinstimmung mit der h. M.

Wenn die h. M. eine unechte Urkunde dann annimmt, wenn der Anschein erweckt wird, dass der wirkliche Aussteller der Urkunde eine andere Person ist, als derjenige, von dem sie herrührt 1), so sagt sie damit nichts anderes. Die Tat-

-
- 1) BGH 9, 44 (49); ebenso im Ergebnis gleichbedeutend fast alle anderen Definitionen: vgl. RG 4, 69 (71); RG 4, 157; RG 5, 259 (261); RG 10, 273; RG 13, 245 (247); RG 27, 276 (278); RG 30, 43 (44); RG 33, 397; RG 37, 196 (197); RG 48, 342 (343); RG 52, 12 (13); RG 57, 69 (71); RG 68, 240 (242); RG 69,

sache, dass die h. M. von einer Urkunde ausgeht, um den Begriff der unechten Urkunde festzulegen, bedingt keine sachliche Verschiedenheit von dem hier erarbeiteten Begriff der unechten Urkunde, der von einem urkundenähnlichen Gegenstand ausgeht. Auch die h. M. geht nämlich in Wirklichkeit von einem urkundenähnlichen Gegenstand aus. Wenn sie nämlich sagt, eine Urkunde sei unecht, wenn sie nicht von dem angeblichen Aussteller herrühre, so lässt sie damit erkennen, dass die Urkunde in ihrer Unechtsdefinition ihren Aussteller nicht erscheinen lässt, ihr also eine für den Urkundenbegriff wesentliche Eigenschaft fehlt. Damit ist aber gleichzeitig gesagt, dass "die Urkunde" streng genommen keine Urkunde, sondern bestenfalls ein urkundenähnlicher Gegenstand ist. Der Widerspruch in der Unechtsdefinition der h. M. ist auf den mit dem Gebrauch des Wortes 'unecht' stets verbundenen Widerspruch zurückzuführen 1).

Eine Begründung für ihre Auffassung bringen die Anhänger der h. M. übrigens in der Regel nicht. Lediglich die Dissertationen von Timpe, Volwassen, Schnelke, Horstmann und Hopfensberger begründen die Auffassung der h. M. 2). Sie gehen

Fortsetzung Fussnote 1), Seite 18:

117 (118); RG 75, 46 (47); RG GA 48, S. 136 (137); RG DStrZ 1920, S. 375; BGH 1, 117 (121); BGH 5, 291 (292);

DALCKE § 267 Anm. 4a; DREHER-MAASSEN § 267 Anm. 3; GERLAND, S. 437; E 1934, GÜRTNER I, S. 195; JAGUSCH LK Bem. 7 vor § 267; KOHLRAUSCH-LANGE § 267 Anm. IV; LISTZ-SCHMIDT, S. 743; MAURACH BT, S. 428; MEYER-ALLFELD, S. 521; MEZGER DStRe, S. 212; MEZGER StuB II, S. 213; NIETHAMMER, S. 306; OLSHAUSEN § 267 Anm. 6; PETTERS § 267 Anm. 4; SAUER, S. 196; SCHMIDT, S. 325; SCHÖNKE-SCHRÖDER § 267 Anm. IV 7; WELZEL, S. 333.

Etwas abweichend SCHWARZ § 267 Anm. 4A: ... Echtheit, die darin besteht, dass die Urkunde in der gegenwärtigen Gestalt vom angegebenen Aussteller herrührt oder von der Person, die er befugterweise zur Leistung der Unterschrift bevollmächtigt hat; MÜHLMANN-BOMMEL § 267 Anm. 6: Echt ist eine Urkunde, wenn sie von dem, den sie als Aussteller ausweist, auch wirklich hergestellt oder zumindest doch seinem Willen gemäss in den Rechtsverkehr getreten ist. Abweichend ferner JOHN, ZStW 4, S. 1 ff.; ZEILER ZStW 34, S. 846; SIBURG, S. 2 ff., die u. U. Urkunden als unecht ansehen, die einen nicht den Tatsachen entsprechenden Sachverhalt bekunden, vgl. unten S. 20

1) vgl. dazu oben S. 13 und 14

2) vgl. TIMPE, S. 20 ff.; VOLWASSEN, S. 16 ff.; HORSTMANN, S. 12 ff.

SCHNELKE, S. 5 ff.; HOPFENSBERGER, S. 7 ff.. Bei der Herleitung des strafrechtlichen Unechtheitsbegriffs von dem sich aus dem Sprachgebrauch ergebenden Unechtheitsbegriff beschränken sich die zitierten Autoren meist nur auf

wie die vorliegende Arbeit von dem Unechtheitsbegriff des allgemeinen Sprachgebrauchs aus, um danach festzustellen, dass der unechten Urkunde im Sinne des § 267 eine bestimmte urkundenwesentliche Eigenschaft abgeht, nämlich die Beziehung der Erklärung zum angeblichen Aussteller.

4. ABSCHNITT

Die unwahre und die anonyme Urkunde -
zwei nicht unter die 'unechte Urkunde' fallende Begriffe

A. DIE SOGENANNTEN 'UNWAHRE URKUNDE' - KEINE UNECHTE URKUNDE

Nicht unter den Begriff der unechten Urkunde fällt nach der oben dargelegten Definition die sog. unwahre Urkunde, d. h. die Urkunde, die einen den Tatsachen nicht entsprechenden Sachverhalt bekundet (schriftliche Lüge). Dies entspricht der fast einhelligen Auffassung in Schrifttum und Rechtsprechung 1). Ab-

Fortsetzung der Fussnote 2), Seite 19:

kurze Ausführungen. Die geltend gemachten Gesichtspunkte sind zudem in der Regel nicht zwingend. Timpe S. 24, Schnellke S. 9 und Hopfensberger S. 9 schliessen zunächst aus der Tatsache, dass eine Urkunde eine Erklärung darstellt, auf die Erkennbarkeit des Ausstellers als ein dem Urkundenbegriff wesentliches Merkmal, ein Umstand, der sich ja bereits aus der allgemein anerkannten Urkundendefinition ergibt (vgl. oben S. 5). Warum dann aber gerade das Fehlen dieser einen unter mehreren das Wesen einer Urkunde ausmachenden Eigenschaften das Vorliegen einer unechten Urkunde bedingt, wird nicht begründet.

Noch voreiliger verfährt übrigens Horstmann S. 13, wenn er schon aus der Tatsache, dass eine Urkunde eine Erklärung enthält, den Schluss zieht, dass bei einer unechten Urkunde der Kausalzusammenhang zwischen Erklärung und angeblichem Aussteller fehlen müsse.

Nur Volwassen deutet wenigstens an, dass es sich bei der fehlenden Eigenschaft um eine solche handeln müsse, bei der die Erzeugung des Scheins ihres wirklichen Vorhandenseins besonders leicht ist. Eine stichhaltige Begründung liefert er dafür jedoch nicht. Der Hinweis auf den Sprachgebrauch, nach dem das Wort 'unecht' regelmässig nur dann verwendet wird, wenn eine Eigenschaft fehlt, die leicht vorgespiegelt werden kann, befriedigt nicht; denn damit kann nicht mit Sicherheit gesagt werden, ob nun der Unechtheitsbegriff in § 267 gerade die Bedeutung hat, wie sie diesen Begriff im allgemeinen Sprachgebrauch regelmässig zukommt.

1) vgl. u. a. RG 10, 68; RG 10, 273; RG 15, 4 (8); RG 16, 11 (16); RG 43, 348 (349); RG Rspr. IX, 148 (149); RG GA 37, S. 281; BGH 9, 44 (45);

weichend nur John 1), Zeiler 2) und Siburg 3), die teilweise auch unwahre Urkunden unter den Begriff der unechten Urkunde bringen 4).

B. DIE SOGENANNT 'ANONYME URKUNDE' - KEINE UNECHTE URKUNDE

Keine unechte Urkunde ist nach der wiedergegebenen Definition auch die anonyme 'Urkunde'.

Unter diesem Begriff seien alle diejenigen Gedankenverkörperungen zusammengefasst, die niemand als Aussteller erkennen lassen. Hierzu zählen demnach die 'Urkunden', bei denen jede Ausstellerangabe fehlt (anonyme Anzeige, Pamphlet) und die Urkunden, die eine unleserliche Zeichnung tragen, wenn sich sonst aus der Urkunde der Aussteller nicht ermitteln lässt. Zu den anonymen 'Urkunden' gehören aber auch Schriftstücke, die mit einem in bestimmten Gegenden häufig vorkommenden Namen (Schulze in Berlin) unterschrieben sind, sofern nicht der Eindruck entsteht, dass sich eine bestimmte Person zu der Erklärung bekennt (sog. versteckte oder relative Anonymität).

Die anonyme 'Urkunde' scheidet nun deswegen aus dem Begriff der unechten Urkunde aus, weil sie niemanden als Aussteller erkennen lässt und damit die für den Begriff der Unechtheit erforderliche Vortäuschung eines anderen als des wirklichen Ausstellers bei ihr nicht vorliegen kann.

VORBEMERKUNG ZUM 2. UND 3. TEIL

Nach den bisherigen Erörterungen steht fest, dass eine 'Urkunde' dann unecht ist, wenn der Aussteller nicht derjenige ist, den sie als Aussteller erkennbar werden lässt, wenn also der angebliche Aussteller nicht mit dem wirklichen Aus-

Fortsetzung der Fussnote 1), Seite 20:

ORTLOFF, S. 83; v. BURI GS 36, S. 198; v. BURI GS 39, S. 36; MOMMSEN GS 36, S. 42; WEISSMANN ZStW 11, S. 28; LENZ, S. 151; HÄLSCHNER, S. 537; FRANK § 267 Anm. I; LK (4. Aufl.) § 267 Anm. 30; MEZGER DStRe, S. 215; MEZGER StuB II, S. 213; JAGUSCH LK Bem. 8 vor § 267; MAURACH BT, S. 430; SCHÖNKE-SCHRÖDER § 267 Anm. VI; SCHWARZ § 267 Anm. 4 A; DREHER-MAASSEN § 267 Anm. 1; MÜHLMANN-BOMMEL § 267 Anm. 6; PETTERS § 267 Anm. 1.

1) JOHN ZStW 4, S. 1ff.

2) ZEILER ZStW 34, S. 846

3) SIBURG, S. 2 ff.

4) Gegen Zeiler ausdrücklich BOCK, S. 62; MERTGEN, S. 7 ff.; FRANK § 267 Anm. V 1b; SAUER, S. 198 und BGH 9, 44 (45).

steller identisch ist. Die bisherige Auslegungsarbeit hat nun noch keine endgültige Klarheit über die Bedeutung des Tatbestandsmerkmals der unechten Urkunde gebracht; denn es blieb bisher unerörtert, was unter den in der Unehtheitsdefinition vorkommenden Begriffen des angeblichen und des wirklichen Ausstellers genau zu verstehen ist. Der Klärung dieser Begriffe widmet sich daher der 2. und 3. Teil der vorliegenden Arbeit. Dabei sei zunächst der Begriff des angeblichen Ausstellers untersucht.

2. T E I L

DIE ALS AUSSTELLER ERSCHEINENDE PERSON (DER ANGBLICHE AUSSTELLER)

1. KAPITEL

Die Grundsätze, nach denen sich im allgemeinen die Person des angeblichen Ausstellers bestimmt

Die Grundsätze, nach denen die Person des angeblichen Ausstellers ermittelt wird, ergeben sich aus den oben 1) über die Erkennbarkeit des Ausstellers gemachten Ausführungen. Dort wurde nämlich dargelegt, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, damit der wirkliche Aussteller als in der Urkunde erkennbar bezeichnet werden und somit das Vorliegen einer Urkunde bejaht werden kann. Gerade von diesen Grundsätzen muss aber ausgegangen werden, wenn man die Person des angeblichen Ausstellers ermitteln will. Der angebliche Aussteller ist nämlich diejenige Person, die als Aussteller vorgetäuscht wird, ohne Aussteller zu sein und eine andere Person als der wirkliche Aussteller wird nur dann als Aussteller vorgetäuscht und erscheint als der angebliche Aussteller, wenn sie, falls sie der wirkliche Aussteller wäre, als in der Urkunde erkennbarer Aussteller bezeichnet werden könnte.

Unter Berücksichtigung der für die Erkennbarkeit des Ausstellers gewonnenen 2), nach dem eben Ausgeführten hier anwendbaren Grundsätzen ist damit als angeblicher Aussteller diejenige Person anzusehen, die nach dem Inhalt eines urkundenähnlichen Gegenstandes die in diesem enthaltene Erklärung als eigene abgegeben zu haben scheint 3). Damit ist grundsätzlich gesagt, was unter dem an-

1) vgl. oben S. 7 ff.

2) vgl. oben S. 7 ff., insbes. S. 9

3) Keine unechte Urkunde kommt damit zustande, wenn ein Schriftstück vom Hersteller zwar mit der Namensunterschrift eines anderen versehen wurde, in ihm aber ersichtlich gemacht ist, dass der ungenannte Hersteller die Namensunterschrift des anderen im Auftrage desselben geschrieben hat; denn hier erscheint

geblichen Aussteller zu verstehen ist. Noch nicht dargelegt sind die Grundsätze, nach denen bestimmt werden soll, welches Individuum im Einzelfall nun den angeblichen Aussteller darstellt. Es ist nämlich bisher lediglich ausgeführt, dass diejenige Person der angebliche Aussteller ist, die in der Urkunde als Garant der Erklärung erscheint. Welche Person im Einzelfall der Hinweis trifft, bedarf noch einer Aufstellung von Regeln.

2. KAPITEL

Die Grundsätze, nach denen sich die Feststellung der Person des angeblichen Ausstellers im Einzelfall bestimmt

1. ABSCHNITT

Die Stellungnahme des Verfassers

Aus der Anwendbarkeit der für die Erkennbarkeit des Ausstellers aufgestellten Grundsätze 1) auf den Begriff des angeblichen Ausstellers ergeben sich auch hierfür wichtige Grundsätze. Es ist damit vor allem der Inhalt der Urkunde für die Fixierung der als Aussteller erscheinenden Person entscheidend 2); es dürfen jedenfalls keine völlig ausserhalb der Gedankenverkörperung liegende Umstände herangezogen werden 3). Berücksichtigt werden dürfen jedoch Herkunft und Vereinbarung 4). Ausserdem hängt die Frage, wer als angeblicher Wahrheitsgarant einer Gedankenverkörperung anzusehen ist, auch von dem Kreis der Beteiligten und Eingeweihten ab, d. h. also davon, wen sich die mit der Urkunde in Berührung Kommenden unter dem Garant der Erklärung vorstellen dürfen 5). Entsprechend dem oben 6) Ausgeführten sind auch für die im Einzelfall erfolgende Feststellung, wer die als Aussteller erscheinende Person ist, rein objektive Gesichtspunkte massgebend. Es kommt also insbesondere nicht darauf an, wen der Hersteller der Urkunde als angeblichen Aussteller erscheinen lassen will.

Fortsetzung der Fussnote 3), Seite 22:

niemand als Garant der Erklärung, es gibt keinen angeblichen Aussteller (vgl. RG 8, 173 und Mühlmann-Bommel § 267 Anm. 6).

1) vgl. oben S. 22

2) vgl. oben S. 10

3) vgl. oben S. 10

4) vgl. oben S. 10

5) vgl. oben S. 10

6) vgl. oben S. 11

Damit ist auch erwiesen, dass, wenn einmal der Aussteller feststeht, die Beurteilung der Frage, ob eine unechte Urkunde vorliegt, nach rein objektiven Gesichtspunkten erfolgt und es vom Willen des Herstellers unabhängig ist, welche Person als angeblicher Aussteller anzusehen ist und ob eine Identitätsverschiedenheit zwischen angeblichem und wirklichem Aussteller besteht.

2. ABSCHNITT

Die Stellungnahme von Schrifttum und Rechtsprechung

Die hier für die Ermittlung der als Aussteller erscheinenden Person im Einzelfall aufgestellten Grundsätze werden im allgemeinen auch von Schrifttum und Rechtsprechung vertreten. So wird sehr oft betont, dass der Inhalt der Urkunde von entscheidender Bedeutung ist. Es weisen vor allem diejenigen Reichsgerichtsentscheidungen 1) auf diesen Grundsatz hin, die die Frage untersuchen, ob es möglich ist, dass der Aussteller trotz Benutzung seines ihm zustehenden Namens nicht genügend als der angebliche Aussteller individualisiert ist und demnach eine Urkunde trotz Verwendung des richtigen Namens durch den Aussteller unecht sein kann. Aus der Literatur sei Timcke angeführt 2), der zur Feststellung der Echtheit nur die in der Urkunde verkörperten Umstände für massgebend hält. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang auch Dahm 3). Er macht darauf aufmerksam, dass die Rechtsprechung gestattet, auch gewisse ausserhalb der Urkunde liegende Umstände zu ihrem Verständnis heranzuziehen, und folgert daraus, dass auch für die fälschliche Anfertigung nicht alle Anstalten zur Täuschung des Verkehrs in der Urkunde selbst zum Ausdruck zu kommen brauchen. Mehrfach betont wird in Schrifttum und Rechtsprechung auch, dass für die Feststellung der als Aussteller erscheinenden Person und damit der Unechtheit der Kreis der Personen massgebend ist, die mit der Urkunde in Berührung kommen und mit ihr zu tun haben. Dies heben vor allem diejenigen Reichsgerichtsentscheidungen hervor, die sich mit der Frage befassen, ob eine echte Urkunde gegeben sein kann, wenn der wirkliche Aussteller sich in der Urkunde unter einem ihm nicht zukommenden Namen als

1) vgl. RG 4, 157 (158); RG Recht 1905, Nr. 1803; RG 48, 342 (345); RG LZ 1915, Sp. 549 Nr. 40; RG JW 1931, S. 2498 (vgl. dazu Dahm JW 1931, 2498); RG JW 1936, S. 659, Nr. 27 (nicht durch Umstände, die völlig ausserhalb der Urkunde liegen); RG HRR 1937, Nr. 684, - die alle die Unechtheit trotz Verwendung des dem Aussteller zustehenden Namens bejahen.

Vgl. aber auch RG 27, 276.

2) TIMCKE, S. 29; vgl. auch MÜHLMANN-BOMMEL § 267 Anm. 6.

3) DAHM JW 1931, S. 2498 Anm. 25.

ihr Garant ausgibt 1). Bei dem Problem, ob durch unwahre Zusätze zu der an sich den wirklichen Aussteller individualisierenden Unterschrift eine unechte Urkunde zustandekommt, stellt das Reichsgerichtsurteil vom 14.7.1930 2) auf den Destinatar ab. Auch in der Literatur wird stets auf den Eindruck, den die zunächst Beteiligten 3), die in Betracht kommenden oder beteiligten Kreise 4), die an der Urkunde Interessierten 5), oder diejenigen haben, für die die Urkunde bestimmt ist 6). Daher erklärt es sich auch, dass eine Urkunde ohne äusserliche Veränderung zu einer unechten werden kann, wenn sie einen gewissen Personenkreis verlässt 7). Urkundenfälschung wird auch dann verneint, wenn jemand einem anderen gegenüber eine schriftliche Erklärung abgibt und diese in Übereinstimmung mit dem Empfänger mit einem ihm nicht zustehenden Namen unterzeichnet 8).

Durch die Rechtsprechung und das Schrifttum werden auch die oben 9) aufgestellten Grundsätze bezüglich der objektiven Natur der unechten Urkunde bestätigt.

- 1) vgl. RG GA 56, S.81 (82); RG 48, 238 (240 und 241); RG LZ 1917, Sp. 930 Nr.20; ferner RG 17, 141 (154)
- 2) RG JW 1932, S.417 Nr.18
- 3) SCHWARZ § 267 Anm.1 Ab
- 4) SCHÖNKE-SCHRÖDER § 267 Anm. VI 3a und MERTGEN, S.36
- 5) LENZ, S.159
- 6) VOLWASSEN, S.20; HORSTMANN, S.36, 56; zu weitgehend TIMCKE, S.28, wenn er auf die Vorstellung abstellt, die der Empfänger haben dürfe; denn zum Kreis der Beteiligten und Destinatare gehört nicht lediglich der Adressat (an der Geschäftskorrespondenz, die ein Kaufmann empfängt, haben auch die Steuerbehörden ein Interesse); zu eng nach dem Ausgeführten wiederum MEZGER ZAKDR 1942, S.251, der dem Eindruck, den der Destinatar hat, jeden Einfluss abspricht; denn es ist durchaus möglich, dass der Destinatar und der Kreis der an der Urkunde Interessierten identisch ist.
- 7) vgl. BOCK, S.43 und VOLWASSEN, S.18/19 speziell für den Fall, dass ein Spitzname verwendet wurde.
- 8) vgl. WEISSMANN ZStW 11, S.37 und SIBURG, S.65. Zu beachten ist aber stets, dass die Unechtheit nur dann ausgeschlossen ist, wenn die Urkunde innerhalb des Kreises derjenigen Personen bleibt, die an der Vereinbarung des Pseudonyms beteiligt sind. In diesem Sinne wohl auch Weissmann, der auf die "Eingeweihten" abstellt, und vor allem Siburg, der darauf hinweist, dass der Umstand, dass Dritte über den Aussteller im unklaren bleiben, solange nicht in Betracht komme, als nicht Dritte von sich aus zur Wahrnehmung der Urkunde gelangt seien.
- 9) vgl. oben S.23 unten f.

Besonders deutlich ergibt sich dies aus den Ausführungen Mezgers 1) und Timckes 2). Mezger führt aus: "Für das Merkmal des 'fälschlich Anfertigen' in § 267 StGB kommt es aber entscheidend darauf an, ob der objektive Anschein erweckt wird, dass die Urkunde in ihrem vorliegenden Inhalt nicht von derjenigen Person herrührt, von der sie herzurühren vorgibt. Unter Hinweis auf Kern 3) bemerkt Mezger, dass es überall auf den 'objektiven Sinn' der Erklärung und nicht auf den 'subjektiven Sinn' des 'Erklärenden' oder den 'Eindruck des Destinatärs' ankomme 4). Auch Timcke 5) sagt mit aller Deutlichkeit, massgebend sei, dass die Gedankenverkörperung objektiv den Anschein erwecke, dass sie von einer anderen Person hergestellt sei, als von der, die als Aussteller erscheine. Die Absicht, einen derartigen Anschein zu erwecken, sei für die Frage der Unechtheit nicht bedeutsam 6). Auch das Reichsgericht betont in bestimmten Entscheidungen zumindest stillschweigend die objektiven Gesichtspunkte bei dem Merkmal der unechten Urkunde 7). Dies muss besonders hervorgehoben werden. Eine grosse Zahl von Reichsgerichtsentscheidungen und von Vertretern des Schrifttums subjektivieren nämlich die Frage, welche Person als Aussteller erscheint 8), d. h. sie machen sie von dem Willen des Herstellers bzw. des die Urkunde Gebrauchenden abhängig. Zu erwähnen sind dabei manche der Entscheidungen und Autoren, die die Frage behandeln, ob eine UF möglich ist, wenn jemand seinem richtigen Namen einen falschen Zusatz beifügt 9). Der Fehler der Subjektivierung des Unechtheitsbegriffs wird in Schrifttum und Rechtsprechung teilweise von denjenigen gemacht, die generell die Frage

1) MEZGER ZAKDR 1942, S. 251, 1. Sp. unten.

2) TIMCKE, S. 26

3) KERN, Die Äusserungsdelikte, S. 20

4) Über die Bedeutung, die Mezger dem Destinatär beimisst, vgl. oben S. 25 Anm. 6

5) a. a. O.

6) TIMCKE, S. 39

7) vgl. RG SeuffBl. 72, S. 390: Die Identitätstäuschungsabsicht wird lediglich als ein die subjektiven Voraussetzungen des § 267 beeinflussender Umstand angesehen ("wenigstens subjektiv echt"); RG GA 55, S. 310; RG GA 56, S. 81 und RG 48, 238 (240). In den Entscheidungen wird eine strenge Unterscheidung zwischen objektivem (Unechtheit) und subjektivem Tatbestand durchgeführt und die Identitätstäuschungsabsicht eindeutig zum subjektiven Tb gerechnet.

8) Auf dieses Manko vieler RG-Entscheidungen weist schon P. Merkel (JW 1932, S. 415) hin.

9) vgl. RG JW 1932, S. 417 Nr. 18 (Beifügung des Titels 'Bergrat' - entscheidend ist nach Reichsgericht, ob der Zusatz nicht nur über die Eigenschaft, sondern über die Person täuschen sollte.); JAGUSCH LK Bem. 7 vor § 267; WELZEL, S. 334.

behandeln, ob UF durch Benutzung eines dem wirklichen Aussteller zustehenden Namens möglich ist. Sie machen die Echtheit bzw. Unechtheit teilweise davon abhängig, ob ein Irrtum über die Personenidentität hervorgerufen werden soll 1) bzw. bezweckt wird 2) oder ob der Unterzeichner einen derartigen Irrtum hervorgerufen will 3). Allein subjektive Momente in der Person des als Täter in Frage kommenden lässt auch Maurach 4) entscheiden, wenn er unter Berufung auf die 'Geistigkeitstheorie' eine falsche Urkunde dann annimmt, wenn jemand eine Urkunde zwar mit seinem richtigen Namen unterzeichnet, dies aber lediglich in der Erwartung tut, dass seine Zeichnung im Rechtsverkehr für die eines anderen gehalten werde 5). Des weiteren machen der überwiegende Teil des Schrifttums 6) und damit übereinstimmend auch einige Reichsgerichtsentscheidungen 7) bei der Behandlung des Problems, ob eine UF durch Benutzung des dem Aussteller zustehenden Namens möglich sei, die Unechtheit von subjektiven Voraussetzungen abhän-

1) vgl. JAGUSCH LK Bem. 7 vor § 267

2) WELZEL, S. 334. Er sagt zwar nur, dass das Vorliegen einer UF davon abhängig ist; der Umstand, dass diese Ausführung im Rahmen der Erörterung des objektiven Tb der UF gemacht wird, lässt jedoch erkennen, dass sie sich auf das Merkmal der 'unechten Urkunde' bezieht.

3) SCHÖNKE-SCHRÖDER § 267 Anm. IV 3b; s. auch SCHÖNKE FS, S. 261 unter b); ähnlich PETTERS § 267 Anm. 4

4) MAURACH BT, S. 431

5) Als verfehlt muss dabei auch die Berufung auf die Geistigkeitstheorie angesehen werden. Bei dem hier und auch von Maurach an der zitierten Stelle behandelten Problem handelt es sich nämlich darum, wen man als den als Aussteller Erscheinenden ansehen will, während es das Anliegen der Geistigkeitstheorie ist, jeweils den wirklichen Aussteller einer Urkunde zu bestimmen (vgl. unten S. 147 ff.)

Selbst wenn aber die Lösung des in Frage stehenden Falles vom Begriff des wirklichen Ausstellers abhängig zu machen richtig wäre, wäre die Berufung auf die Geistigkeitstheorie nicht zu billigen, falls man dabei die Form zugrunde legt, in der sie allgemein vertreten wird. Danach bedingt nämlich ein blosses Nicht-an-die-Erklärung-gebunden-sein-Wollen keinen Wegfall der Ausstellereigenschaft des die Urkunde Unterzeichnenden (vgl. unten S. 147 ff.)

6) vgl. BINDING, S. 223, insbes. Anm. 2 und Anm. 3; DALCKE § 267 Anm. 4a; JAGUSCH LK Bem. 7a vor § 267/S. 503 ab Mitte; MAURACH BT, S. 431; OLSHAUSEN § 267 Anm. 30 IIb; WEISSMANN ZStW 11, S. 36 unten; WELZEL, S. 334.

7) vgl. RG 17, 141 (155 oben); RG DJZ 1908, S. 1171; RG Recht 1908 Nr. 2759; RG GA 62, S. 477 = LZ 1916, Sp. 45 46, Nr. 29 und Nr. 30; RG LZ 1915, Sp. 1668; RG JW 1934, S. 3064 Nr. 13

gig. Teilweise lassen die die Frage behandelnden Ausführungen, inwieweit im Falle des Gebrauchs eines falschen Namens UF begangen wird, nicht erkennen, ob sie in den Fehler der Subjektivierung des objektiven Tatbestandsmerkmals der unechten Urkunde verfallen. Dies wird einmal oft dadurch bedingt, dass das Vorliegen einer UF von dem Willen der den falschen Namen gebrauchenden Person abhängig gemacht wird, ohne dass gesagt wird, ob nun dieser Wille einen das Merkmal der unechten Urkunde beeinflussenden Umstand oder eine nur auf die subjektiven Voraussetzungen der UF einwirkende Tatsache darstellt 1). Die Unklarheit kommt aber auch mehrfach dadurch zustande, dass auf Grund eines Hin- und Herschwankens in den Ausführungen in den Ausführungen nicht klar ersichtlich bleibt, ob man das Merkmal der unechten Urkunde auch von dem Willen des den falschen Namen gebrauchenden wirklichen Ausstellers abhängig machen will 2).

3. T E I L

DER BEGRIFF DES WIRKLICHEN AUSSTELLERS

VORBEMERKUNG

In dem vorangehenden Teil wurde der Begriff des angeblichen Ausstellers erarbeitet. Die Rahmendefinition 3) für den Begriff der unechten Urkunde ergab, dass für diesen auch bedeutsam ist, wer unter dem wirklichen Aussteller zu verstehen ist. Dieser Begriff soll daher im folgenden geklärt werden.

1) RG LZ 1917, Sp.881, Nr.28; RG JW 1935, S.2817 Nr.11; RG 72, 226;

LK (4. Aufl.) § 267 Anm.28/1. Abs.; EBERMAYER FS, S.426; SCHÖNKE DStR 1943, S.140; SCHÖNKE FS, S.261

2) vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER § 267 Anm. VI 3. Unklar ist auch die Stellungnahme FRANKS. In ZStW 32, S.97 macht er für den Fall, dass ein unter fremdem Namen lebender Aussteller einer Urkunde sich des falschen Namens bedient, das Vorliegen einer UF von der Willensrichtung abhängig. Geht man davon aus, dass Frank sich in seiner Abhandlung nicht widerspricht, so kann damit nur auf die Abhängigkeit der Unechtheit von der Willensrichtung des den falschen Namen gebrauchenden Ausstellers hingewiesen sein. Auf S.98 seiner Abhandlung (ZStW 32, S.82 ff.) weist nämlich Frank darauf hin, dass die Absicht, über die Person des Ausstellers zu täuschen, schon in dem Begriffe des fälschlichen Anfertigers enthalten sei. Den Ausführungen in ZStW 32, S.82 ff. entgegengesetzt sind dagegen die Darlegungen Franks in seinem Kommentar (FRANK § 267 Anm. IV 2). Hier geht er im Falle der Benutzung eines falschen Namens von der Unechtheit aus und schreibt der Willensrichtung des Ausstellers lediglich einen Einfluss auf den subjektiven Tb zu.

3) vgl. oben S.18

Wenn erst an dieser Stelle der Darstellend der Begriff des wirklichen Ausstellers untersucht wird, so ist dies vom systematischen Standpunkt aus nicht korrekt. Der Begriff des wirklichen Ausstellers hätte einmal bereits in dem Abschnitt erläutert werden müssen, in dem der dem Merkmal der unechten Urkunde entsprechende Oberbegriff der Urkunde als solcher erläutert wurde, der dann Grundlage und Ausgangspunkt für die Bedeutungsermittlung des Tatbestandsmerkmals der unechten Urkunde bildete. Das Vorliegen einer Urkunde als solcher, hängt nämlich - wie sich zeigte - davon ab, ob der wirkliche Aussteller erkennbar ist, von einem Erfordernis also, dessen Vorliegen nur festgestellt werden kann, wenn feststeht, was unter dem terminus des wirklichen Ausstellers zu verstehen ist.

Die Stelle, an der der Begriff des wirklichen Ausstellers geklärt werden soll, erweist sich noch aus einem anderen Grunde als vom systematischen Standpunkt aus falsch gewählt. Die Erörterung des Ausstellerbegriffs hätte nämlich nach systematischen Grundsätzen vor den Untersuchungen über das Merkmal der unechten Urkunde erfolgen müssen. Die Untersuchung des Merkmals der unechten Urkunde hat nämlich an entscheidenden Stellen 1) mit diesem Begriff (d. wirklichen Ausstellers) gearbeitet und die bis jetzt ermittelte Bedeutung des Merkmals der unechten Urkunde ergab auch, dass der Ausstellerbegriff eine wichtige Voraussetzung dieses Merkmals bildet.

Diese an sich richtigen Erwägungen konnten jedoch den Verfasser nicht veranlassen, die Erörterung des Ausstellerbegriffs an die "systematisch richtige Stelle" zu setzen und nicht erst jetzt zu bringen. Dem standen nämlich sachliche Gründe entgegen, die hinter den rein systematischen Erwägungen zurücktreten mussten und die eine erst im Rahmen der Auslegung des Merkmals der unechten Urkunde erfolgende Klärung des Ausstellerbegriffs rechtfertigen. Es ist nämlich zweckmäßiger, den Ausstellerbegriff, der bei der unechten Urkunde im Sinne des § 267 und bei dem diesem Merkmal zu Grunde liegenden Begriff der Urkunde als solcher derselbe ist, von der unechten Urkunde her zu entwickeln, ihn also so zu gestalten, dass er im Rahmen dieses Merkmals Verwendung finden kann. Der Grund dafür liegt darin, dass das Gesetz nun einmal von der unechten Urkunde spricht und nicht von dem zu Grunde liegenden Begriff der Urkunde als solcher und dass zudem der Ausstellerbegriff gerade für das Merkmal der unechten Urkunde von entscheidender Bedeutung ist. Daraus ergibt sich nämlich, dass der in beiden Begriffen vorkommende terminus des wirklichen Ausstellers sich in erster Linie nach dem Begriff der unechten Urkunde ausrichten muss, damit eine gesetzestreue Klärung des Ausstellerbegriffs erreicht wird.

1) vgl. oben S.16 ff.

I. KAPITEL

Der Begriff des Ausstellers im allgemeinen

1. ABSCHNITT

Der Ausstellerbegriff bestimmt sich nach dem Zweck des § 267

Wie bereits in der Vorbemerkung ausgeführt, richtet sich der Begriff des Ausstellers nach den Notwendigkeiten und Erfordernissen des Merkmals der unechten Urkunde im Sinne des § 267.

Der Ausstellerbegriff muss also so gestaltet werden, dass er im Rahmen dieses Tatbestandsmerkmals Verwendung finden kann. Nach den bisherigen Erörterungen ist nun unter dem Merkmal der unechten Urkunde ein urkundenähnlicher Gegenstand zu verstehen, der alle urkundenwesentlichen Eigenschaften besitzt, bei dem jedoch der angebliche Aussteller nicht der wirkliche Aussteller ist. Die bisherigen Ausführungen ergaben weiter, dass das Merkmal der unechten Urkunde dem Zweck des § 267 entsprechend so gestaltet sein muss, dass damit die Fälle erfasst werden, bei denen eine Gefährdung der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Urkundenverkehrs vorliegt.

Berücksichtigt man diese für das Merkmal der unechten Urkunde erarbeiteten Voraussetzungen, so ergibt sich, dass Aussteller einer Urkunde diejenige Person ist, die als angeblicher Aussteller der Urkunde erscheinen kann, ohne dass damit eine Gefährdung des allgemeinen Vertrauens in die Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs mit Urkunden verbunden ist. Aus dem bisher ermittelten Sinne des Merkmals der unechten Urkunde ergibt sich nämlich, dass der Aussteller diejenige Person ist, die, wenn sie als angeblicher Aussteller erscheint, die Unechtheit beseitigt. Weil nun von dem Begriff der unechten Urkunde nur Fälle erfasst werden, bei denen eine Gefährdung der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs vorliegt, muss der Ausstellerbegriff so gestaltet sein, dass die Person, auf die er zutreffen soll, ohne Gefährdung der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs mit Urkunden als angeblicher Aussteller in der Urkunde erscheinen kann. Entscheidend kann dabei jedoch nicht sein, ob irgendeine Verletzung der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs mit Urkunden vorliegt. Durch § 267 ist nämlich, wie der bisher ermittelte Sinn des Begriffs der unechten Urkunde ergab 1), der Beweisverkehr mit Urkunden nur insofern geschützt, als die Urkunde im Rechtsleben dem Nachweis dient, dass die in ihr enthaltene Erklärung von dem in der Urkunde als Garant der Erklärung Angegebenen abgegeben wurde. Für einen vom Merkmal der unechten Urkunde im Sinne des § 267 her zu entwickelnden Ausstellerbegriff ergibt sich daher, dass stets zu fragen ist, ob die

1) vgl. oben S. 18'

Person, die Aussteller sein soll, als Garant der rechtserheblichen Erklärung erscheinen kann, ohne dass damit gerade eine Gefährdung der eben genannten speziell in § 267 geschützten Funktion der Urkunde verbunden ist. Weil diese Funktion gerade auf dem allgemeinen Vertrauen beruht, dass die in einer Urkunde enthaltene Erklärung von dem in ihr als Garanten Genannten abgegeben ist, kann man den für die Ermittlung des Ausstellerbegriffs geltenden Grundsatz auch dahin formulieren, dass Aussteller diejenige Person ist, die in der Urkunde als Garant der Erklärung erscheinen kann, ohne dass damit eben dieses Vertrauen gefährdet wird.

2. ABSCHNITT

Die Ausstellereigenschaft ist durch eine Beziehung zur Urkunde bedingt

Aussteller einer Urkunde ist die Person, die in ihr als Aussteller erscheinen kann, ohne dass damit das Vertrauen der Allgemeinheit, dass nur diejenige Person als Garant der Erklärung erscheint, die diese abgegeben hat, erschüttert wird 1). Damit scheiden alle Personen als Aussteller einer Urkunde aus, die in keinerlei irgendwie gearteter Beziehung zu der Urkunde stehen. Erscheint nämlich eine solche Person als Garant der rechtserheblichen Erklärung, liegt eine Gefährdung dieses Vertrauens vor, da eine Person als Aussteller erscheint, die die Erklärung jedenfalls nicht abgegeben hat. Dass Aussteller einer Urkunde nur der sein kann, der in einer bestimmten Beziehung zur Urkunde steht, von dem also die Urkunde irgendwie herrührt, wird von niemandem bestritten 2).

Hat man erkannt, dass für die Ausstellereigenschaft eine bestimmte Beziehung zur Urkunde erforderlich ist, so stellt sich als nächstes die Frage, welcher Art diese Beziehungen sein müssen. Im folgenden sollen nun die denkbaren Beziehungen einer Person zu einer Urkunde daraufhin untersucht werden, ob sie geeignet sind, die Ausstellereigenschaft zu begründen. Der Masstab für die Geeignetheit richtet sich dabei - da die Feststellung der Art der die Ausstellereigenschaft begründenden Beziehungen nichts anderes ist als eine Klärung des Ausstellerbegriffs - nach dem oben für die Ermittlung des Ausstellerbegriffs aufgestellten Grundsätzen. Es ist also immer zu prüfen, ob die jeweils in Frage stehende Beziehung so beschaffen ist, dass eine Person, die durch diese Beziehung mit der Urkunde verbunden ist, in dieser als Garant der rechtserheblichen Erklärung erscheinen kann, ohne dass damit die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Beweisverkehrs mit Urkunden gefährdet und das Vertrauen der Allgemeinheit in die Be-

1) vgl. oben S. 30 f.

2) Ausdrücklich betont von KNUPE, S. 29; HANEBERG, S. 6; HOPFENSBERGER, S. 9; HORSTMANN, S. 14; RANFT, S. 59; ROCK, S. 44; SCHEIBER, S. 23; TIMPE, S. 25; WEISSMANN ZStW 11, S. 28.

ziehung der als Aussteller erscheinenden Person zur Urkunde erschüttert wird.

Unter den möglichen Arten der die Ausstellereigenschaft begründenden Beziehungen lassen sich zwei Gruppen denken. Es ist einmal möglich, dass für die Ausstellereigenschaft eine rein physische Beziehung erforderlich ist, dass also als Aussteller nur der angesehen werden kann, der an der Urkundenherstellung durch eigene Körperbewegung beteiligt ist. Zum anderen ist aber auch denkbar, dass eine irgendwie geartete geistige Beziehung für die Ausstellereigenschaft genügt. Es soll nun zunächst im folgenden Kapitel untersucht werden, ob und inwieweit eine rein physische Beziehung zur Begründung der Ausstellereigenschaft genügt; im 3. Kapitel wird dann geprüft werden, ob und inwieweit eine nichtphysische Beziehung für die Ausstellereigenschaft ausreichend ist.

2. KAPITEL

Die physische Beziehung zur Urkunde

1. ABSCHNITT

Die Mindestanfordernisse für eine die Ausstellereigenschaft begründende physische Beziehung zur Urkunde

Die physische Beziehung einer Person zu einer Urkunde kann sich darauf gründen, dass die in der Urkunde enthaltene Gedankenverkörperung in ihrer Gesamtheit unter unmittelbarer Mitwirkung des Körpers der Person zustande kam oder auch nur von ihr unterzeichnet wurde. Jede dieser möglichen Arten physischer Beziehung zu einer Urkunde zieht die Ausstellereigenschaft nach sich, sofern ausserdem gewisse Voraussetzungen hinzutreten. So ist im Falle der Gesamtherstellung der in der Urkunde enthaltenen Gedankenverkörperung die herstellende Person nur dann Aussteller, wenn ihre körperliche Mitwirkung bei der Herstellung auf einer von ihrem Willen getragenen Handlung beruht. Diese Voraussetzung gilt auch für die Unterzeichnung, nur ist hier ausserdem erforderlich, dass der Unterzeichnende sich des äusseren Tatbestandes der in der Urkunde enthaltenen Erklärung bewusst ist.

Nur eine Person, die unter den genannten Umständen eine Urkunde herstellt oder unterzeichnet, kann nämlich in der Urkunde erscheinen, ohne dass damit die Sicherheit und Zuverlässigkeit der durch § 267 geschützten Form des Beweisverkehrs mit Urkunden gefährdet wird. Wie oben 1) dargelegt, beruht die in § 267 geschützte Funktion der Urkunde auf dem Vertrauen der Allgemeinheit, dass die in einer Urkunde enthaltene Erklärung von der in der Urkunde als Garanten genannten

1) vgl. oben S. 30 f.

Person abgegeben wurde und dass die Erklärung dieser gegenüber als die ihre nachgewiesen werden kann, und könnte nur gefährdet werden, wenn eben dieses Vertrauen beeinträchtigt erscheint. Daraus ergibt sich aber, dass eine die Urkunde im ganzen vollziehende oder auch nur unterzeichnende Person nur dann Aussteller ist, wenn die Vollziehung bzw. Unterzeichnung durch eine von ihrem Willen getragene Handlung zustande kommt und sie bei der Unterzeichnung sich des äusseren Tatbestandes der unterzeichneten Erklärung bewusst ist. Fehlen nämlich diese Voraussetzungen, so kann einer vollziehenden oder zeichnenden Person die Erklärung nicht als die ihre vorgehalten werden.

2. ABSCHNITT

Fälle, bei denen die physische Beziehung zur Urkunde für die
Ausstellereigenschaft nicht ausreicht

A. VIS ABSOLUTA

Nicht unter den Ausstellerbegriff fällt damit nach dem Zweck des § 267 eine Person, die durch unwiderstehliche Gewalt (*vis absoluta*) zur Herstellung oder Unterzeichnung gezwungen wurde, deren körperliche Mitwirkung bei der Herstellung bzw. Unterzeichnung also nicht auf ihrem Willen beruhte 1).

B. DER UNTERZEICHNENDE MUSS SICH DES ÄUSSEREN TATBESTANDES DER VON IHM UNTERZEICHNETEN ERKLÄRUNGSVERKÖRPERUNG BEWUSST SEIN

Aus dem Zweck des § 267 ergibt sich weiter, dass trotz körperlicher Mitwirkung an der Unterzeichnung einer Urkunde eine Person nicht als Aussteller angesprochen werden kann, der der äussere Tatbestand der Erklärung nicht bewusst ist und die diesen auch nicht ohne Kenntnis für jeden Fall billigt 2) 3).

1) Übereinstimmend damit BINDING, S. 210; BOCK, S. 29; HORSTMANN, S. 23; NIETHAMMER, S. 306 unten; OLSHAUSEN § 267 Anm. 26 Ib; PAGEL, S. 245 Anm. 31; SCHWARZ § 267 Anm. 4A.

A.A. LENZ, S. 155, der die Urkunde trotz physischen Zwangs für echt hält.

Nicht ganz eindeutig diejenigen, die ohne Differenzierung die Echtheit bei Zwang bejahen, da nicht feststellbar ist, ob sie damit den physischen Zwang ausnehmen, vgl. LK (4. Aufl.) § 267 Anm. 23; FRANK § 267 Anm. 1; LISZT-SCHMIDT, S. 744; MEYER-ALLFELD, S. 521; ROCK, S. 43.

2) vgl. oben S. 32 f.

3) Ein solcher Fall läge etwa vor, wenn ein Darlehensgläubiger, der den Erhalt

Die Lehre und Rechtsprechung folgt der hier vertretenen Lösung für den Ausstellerbegriff in dem Falle, dass jemand eine Erklärung unterzeichnet, ohne sich der äusseren Gestaltung der Erklärungsverkörperung bewusst zu sein, nur teilweise.

Die h. M. verneint nämlich die Ausstellereigenschaft einer unterzeichnenden Person im allgemeinen nur dann, wenn sich deren Irrtum auf den Urkundenkörper als solchen bezieht, wenn also jemand unterzeichnet, ohne zu wissen, dass er damit mittels eines untergelegten Pauspapiers seine Unterschrift unter eine andere Erklärung setzt 1). Im übrigen wird jedoch das mangelnde Bewusstsein des Unterzeichnenden in Bezug auf den äusseren Tatbestand der Erklärung von der h. M. 2) für unbeachtlich erklärt und die Ausstellereigenschaft der unterzeichnen-

Fortsetzung der Fussnote 3), Seite 33:

von DM 1000. -- bescheinigen will, ein Quittungsformular, das auf DM 3000. -- ausgestellt ist, in der Annahme unterzeichnet, auf dem Quittungsformular stünde "DM 1000. --" bzw. "tausend Mark". Der Gläubiger ist sich des äusseren Tatbestandes der Erklärung nicht bewusst und billigt auch den Inhalt nicht für alle Fälle.

- 1) vgl. RG 50, 179. Dort wurde mittels eines Pauspapiers bewirkt, dass die Unterschrift der Unterzeichnerin eines Schriftstücks ohne deren Wissen auch auf einem weiteren unterschobenen Schriftstück erschien. Das Reichsgericht hielt die Unterschrift auf diesem Schriftstück für unecht; Geist und Körper müsse zusammenwirken. Gleicher Ansicht RG JW 1931, S. 2248 (2249) und RG 73, 243 (245) für ganz gleich gelagerte Fälle. Als Grund für die Annahme der Unechtheit wurde in diesen Entscheidungen jeweils angegeben, dass sich der Namens-träger nicht bewusst sei, dass seine Unterschrift nicht nur auf dem ihm vorliegenden, von ihm unmittelbar unterzeichneten Schriftstück zu stehen komme.
- 2) So nehmen keine UF an, wenn lediglich über den Inhalt getäuscht wurde: RG 5, 410; RG Rspr. IV, 655 (657); RG 25, 127 (131); BINDING, S. 210, 236; OLSHAUSEN § 267 Anm. 26 Ib; ROCK, S. 43; WEISSMANN ZStW 11, S. 35 (anders WEISSMANN VDB VII, S. 372)

Derselben Ansicht auch diejenigen, die generell die Täuschung für unerheblich erklären (so LK (4. Aufl.) § 267 Anm. 23; FRANK § 267 Anm. 1; LENZ, S. 155; MERKEL HH III, S. 794; PAGEL, S. 245, Anm. 31; SCHWARZ § 267 Anm. 4A) oder nur für den "Pauspapierfall" eine Ausnahme machen (LISZT-SCHMIDT, S. 744; MEYER-ALLFELD, S. 521; MEZGER DStRe, S. 215 und StuB II, S. 213)

JAGUSCH behandelt das Problem lediglich von der Frage her, ob der Beurkundungswillen (über diesen vgl. oben S. 11 f.) entfällt. An einer Stelle (LK Bem. 3a vor § 267) nimmt er dabei an, dass ein Willensmangel den "Erklärungswillen" jedenfalls bei Unterzeichnung einer unverwechselten Erklärung nicht ausschliesse. Eine Täuschung über den Inhalt schliesse den "Erklärungs-

den Person auch dann bejaht, wenn diesem ein darauf bezogenes Bewusstsein fehlt.

Gegen die h. M. spricht zunächst, dass sie für die durch sie durchgeführte Differenzierung, soweit ersichtlich, keine Begründung gibt. Insbesondere fehlt die Angabe eines Kriteriums, nach dem sich die Ausstellereigenschaft bei dieser Art von Fällen richtet. Die von der h. M. durchgeführte Differenzierung ist aber auch aus rein sachlichen Gesichtspunkten abzulehnen. Es besteht nämlich nach dem bisher hier entwickelten Ausstellerbegriff kein Anlass, in den Fällen des "Irrtums über den Inhalt" zu einer anderen Entscheidung zu kommen als in denen des Irrtums über die Urkunde als solche. In beiden Fällen fehlt beim Unterzeichner das für den Ausstellerbegriff erforderliche Bewusstsein des äusseren Tatbestandes der Erklärung, es fehlt in beiden Fällen das Zusammenwirken von "Geist und Körper" 1). Der Unterschied beider Fälle ist von dem hier vertretenen Standpunkt aus kein prinzipieller 2). Er besteht lediglich darin, dass die Unterzeichnung eines vom Zeichner nicht gebilligten Erklärungstatbestandes auf verschiedene Weise geschah.

Die Konsequenz der hier vertretenen Auffassung ist aber, dass eine unechte Urkunde nicht nur dann vorliegt, wenn eine Person als Aussteller erscheint, die sich bei der Unterzeichnung über die Urkunde als solche irrte, sondern auch dann, wenn eine Person als Aussteller erscheint, die den Urkundenkörper unterzeichnete,

Fortsetzung der Fussnote 2), Seite 34:

willen" nicht aus, es sei denn, der Willensmangel beziehe sich auf den Beurkundungsvorgang im ganzen. An einer anderen Stelle (LK § 267 Anm. 3/S. 510) hält er das Erschleichen der Unterschrift eines Gutgläubigen unter ein abredewidrig ausgefülltes Schriftstück für eine fälschliche Anfertigung, da der Beurkundungswille fehle.

Den Ausführungen Jaguschs ist vor allem entgegenzuhalten, dass zunächst festzustellen ist, ob eine Person Aussteller ist und die Frage, ob die als Aussteller erkannte Person auch den Beurkundungswillen hat, sekundärer Natur ist (vgl. auch oben S. 11 f. und unten S. 36 ff.)

Nicht klar ist die Stellungnahme MAURACHS (BT, S. 430 unten), wenn er unter Berufung auf die Geistigkeitstheorie die Echtheit verneint, wenn der richtige Namensträger unter Hervorrufung eines rechtserheblichen Irrtums vom Täter zur Niederschrift und Zeichnung einer Erklärung veranlasst wird. Seine Berufung auf RG JW 1931, S. 2249 und RG 50, 179 lässt allerdings vermuten, dass auch Maurach sich der h. L. anschliesst.

1) RG 50, 179

2) Ob dies für die h. M. auch zutrifft, lässt sich nicht feststellen, da sie, wie oben festgestellt, insoweit keine Prinzipien für die Ermittlung des Ausstellerbegriffs aufstellt.

den sie unterschreiben wollte, aber die äusseren Bestandteile nicht kannte, noch diese ohne Kenntnisse generell billigte. (Wie hier auch Weissmann, Oppenhoff-Delius und Timcke 1)). Daraus ergibt sich, dass eine unechte Urkunde nicht nur der herstellt, der die Unterschrift eines anderen auf einer Urkunde mit einem von diesem nicht gebilligten Text durch Unterschreiben derselben bewirkt, sondern auch derjenige, der die Unterzeichnung dadurch erreicht, dass er dem Zeichnenden einen von dem wirklichen Erklärungsstatbestand verschiedenen Inhalt der Urkunde vorspiegelt und der Zeichner darauf vertraut. In beiden Fällen hat der Täuschende nämlich die Bedingung dafür gesetzt, dass eine vom wirklichen Aussteller verschiedene Person als solcher erscheint.

3. ABSCHNITT

Umstände, die im Rahmen einer physischen Beziehung die Ausstellereigenschaft nicht beeinträchtigen

Die Untersuchungen über die Möglichkeiten, inwieweit eine physische Beziehung die Ausstellereigenschaft begründet, ergaben, dass Aussteller einer Urkunde neben demjenigen, der die Urkunde durch eine auf seinem Willen beruhende Handlung verfertigte, derjenige ist, der die Urkunde durch eine auf seinem Willen beruhende Handlung unterzeichnete und gleichzeitig sich des äusseren Tatbestandes der Erklärung bewusst war bzw. diesen generell billigte.

A. VERSCHREIBEN BEDINGT KEINE UNECHTHEIT

Nicht erforderlich ist für die Ausstellereigenschaft, dass sich die die Urkunde vollständig verfertigende Person auch des äusseren Tatbestandes der in der Urkunde enthaltenen Erklärung bewusst ist. Damit liegt vor allem dann keine unechte Urkunde vor, wenn sich der die Urkunde Verfertigende verschreibt.

B. FEHLEN DES BEURKUNDUNGSWILLENS BEDINGT KEINE UNECHTHEIT

Für die Begründung der Ausstellereigenschaft im Falle der Verfertigung und Unterzeichnung ist des weiteren nicht erforderlich, dass ein Beurkundungswille 2) vorliegt. Erscheint nämlich eine Person als Aussteller, die zwar die Urkunde unter

-
- 1) vgl. WEISSMANN VDB, S. 372 (stellt dort die Täuschung über den Inhalt der Blankettfälschung gleich), anders noch in ZStW 11, S. 34; OPPENHOFF § 267 Anm. 17 unter Berufung auf das preuss. Obertribunal und die französische Rechtsprechung; TIMCKE, S. 154, sich Weissmann VDB VII, S. 372 anschliessend.
 - 2) vgl. über diesen Begriff oben S. 11 f.

den obengenannten Bedingungen hergestellt oder unterschrieben hat, der jedoch der Beurkundungswille fehlte, ist die Sicherheit und Zuverlässigkeit des in § 267 geschützten Beweisverkehrs mit Urkunden nicht gefährdet. Das Vertrauen des Rechtsverkehrs darauf, dass die Erklärung die der als Garanten erscheinenden Person ist, ist nicht erschüttert. Die Erklärung kann dieser vorgehalten werden. Darauf, ob der als Garant Erscheinende die Erklärung mit Beurkundungswillen verfertigt bzw. unterzeichnet hat, kommt es nicht an.

Aus dem Umstand, dass für die Ausstellereigenschaft ein Beurkundungswille nicht erforderlich ist, folgt insbesondere, dass eine unechte Urkunde nicht dadurch entstehen kann, dass ein Entwurf, eine noch nicht begebene Erklärung oder eine sonstige ohne Beurkundungswillen zustande gekommene Gedankenverkörperung dem Hersteller bzw. Unterzeichner derselben abhanden kommt 1), wodurch ein Beurkundungswille vorgetäuscht wird. Es liegt zwar hier dann auch keine Urkunde vor, sondern nur ein urkundenähnlicher Gegenstand; denn für die Urkundeneigenschaft ist erforderlich, dass der Aussteller Beurkundungswillen hat. Eine unechte Urkunde erfordert aber nicht nur, dass der als Aussteller Erscheinende keinen Beurkundungswillen gehabt hat und dieser vorgespiegelt wird, sondern vielmehr, dass als Aussteller eine Person erscheint, die nicht Aussteller ist. Gerade diese Voraussetzung fehlt bei dem abhanden gekommenen Entwurf und den sonst ohne Beurkundungswillen zustande gekommenen Erklärungen, die ohne den Willen des Herstellers bzw. Unterzeichners in den Verkehr gelangt sind; denn der als Garant Erscheinende ist hier jedenfalls Aussteller 2).

Unrichtig daher Binding 3), Oetker 4) und Jagusch 5), die eine unechte Urkunde annehmen, wenn dem Hersteller oder Unterzeichner ein Entwurf abhanden kommt 6) und dies mit dem Fehlen des Beurkundungswillens begrün-

-
- 1) Soweit derartige "Urkunden" mit dem Willen des Verfertigers bzw. Unterzeichners aus dessen Einflussbereich heraustreten, bietet sich insoweit keine Schwierigkeit, da ja dann der Beurkundungswille vorliegen wird.
 - 2) vgl. oben S.32 ff.
 - 3) BINDING, S.207
 - 4) OETKER, S.41
 - 5) JAGUSCH LK Bem. 7a vor § 267
 - 6) Ausdrücklich für jeden Fall des Abhandenkommens sagt dies nur Jagusch, indem er das für die Echtheit notwendige Herrühren ganz allgemein für den Fall verneint, dass eine Urkunde dem Aussteller vor Begebung abhanden kommt.

Aber auch Oetker und Binding sprechen in jedem Falle eines Abhandenkommens von einer unechten Urkunde, unabhängig davon, ob das Abhandenkommen auf die Einwirkung eines Dritten zurückzuführen ist.

Bei Oetker ergibt sich dies daraus, dass er Strafbarkeit aus § 270 a.F. für den

den 1). Unrichtig daher auch die in RG 48, 125 zum Ausdruck gekommene Auffassung 2). Unrichtig auch, wenn Binding und Oetker in den übrigen Fällen, in

Fortsetzung der Fussnote 6), Seite 37:

Fall annimmt, dass jemand eine ohne "Feststellungswillen" ausgestellte Niederschrift als Urkunde gebraucht. Nachdem nämlich Oetker diesen "Feststellungswillen" für die Fälle einer bloss vorbereitenden Erklärung verneint (vgl. Oetker, S. 37), geht daraus hervor, dass er nicht, wie die Anm. 2 auf S. 41 seiner Ausführungen (UF für den Fall, dass der Schuldner eine in Erwartung künftiger Zahlung vom Gläubiger hergestellte Quittung wegnimmt und mit ihr beweist) vermuten lässt, nur bei einem von einem Dritten verursachten Abhandenkommen annimmt, dass eine unechte Urkunde vorliegt. (Soweit Oetker (S. 41) dann ausführt, dass in den Fällen des mangelnden "Feststellungswillens" keine falsche Urkunde im engeren eigentlichen Sinne vorliege, ist dies ein reines Spiel mit Worten; denn, wenn er die Fälle, in denen von einer Gedankenverkörperung Gebrauch gemacht wird, bei der nur der "Feststellungswille" fehlt, gem. § 270 a.F. für strafbar hält, sagt er deutlich, dass eine falsche Urkunde im Sinne des § 270 a.F. und damit eine unechte Urkunde im Sinne des § 267 n.F. vorliegt).

Aus ähnlichen Gründen ergibt sich auch bei Binding, dass er in allen Fällen, in denen ein Entwurf abhanden kommt, eine unechte Urkunde annimmt. Binding nimmt nämlich ganz generell ein Vergehen gem. § 270 a.F. an, wenn von einer ohne "Ernstlichkeit" ausgestellten Gedankenverkörperung Gebrauch gemacht wurde (vgl. Binding, S. 208); das Erfordernis der "Ernstlichkeit" ist aber nach ihm gerade das Merkmal, dessen Fehlen das Vorliegen eines Entwurfs bedingt (a. a. O., S. 207). Mit der Anm. 4 auf S. 207 (UF, wenn der Schuldner eine vom Gläubiger in Erwartung künftiger Zahlung unterzeichnete Quittung wegnimmt und mit ihr beweist) will also Binding nur einen Unterfall eines möglichen Abhandenkommens eines Entwurfs erfassen.

- 1) Keiner der genannten Autoren gebraucht zwar in dem Zusammenhang den Begriff des 'Beurkundungswillens'. Binding spricht von mangelnder Ernstlichkeit (= Wille, zu erklären oder zu bekunden, was geschrieben steht; vgl. a. a. O., S. 207), Oetker von fehlendem Feststellungswillen (vgl. a. a. O. S. 41) und Jagusch von fehlendem Erklärungswillen (vgl. LK Bem. 7a vor § 267). Die übrigen Ausführungen der genannten Verfasser zeigen jedoch, dass sie im grossen und ganzen mit den angeführten Begriffen dasselbe meinen, was in dieser Darstellung unter dem Begriff des Beurkundungswillens zu verstehen ist. Vgl. auch oben S. 11 f.
- 2) Der Entscheidung liegt folgender Fall zu Grunde: Eine AG hat 450 durchnummerierte Inhaberaktien ausgegeben, die vollständig im Wege des Druckes hergestellt waren. Gleichzeitig wurden 10 überzählige Stücke, die sich nur durch

denen der ohne Beurkundungswillen herstellenden bzw. unterzeichnenden Person eine Gedankenverkörperung abhanden kommt, eine unechte Urkunde annehmen 1)

Fortsetzung der Fussnote 2), Seite 38:

das Fehlen einer Nummer von den ausgegebenen Aktien unterscheiden, gedruckt und aufbewahrt. Ein Unbefugter brachte zwei dieser Stücke an sich, versah sie mittels eines Handstempels mit Nummern und brachte sie in den Verkehr.

Obwohl das RG hier nur die Frage zu klären hatte, ob hier eine nachgemachte Aktie im Sinne der §§ 146, 149 und 152 vorliegt, bringt die Entscheidung doch auch die Auffassung des Senates zum Ausdruck, die dieser zur Frage der Echtheit von abhanden gekommenen Entwürfen einnimmt. Aus der Entscheidung geht nämlich hervor, dass sich die Frage, ob eine Aktie im Sinne der §§ 146, 149 und 152 nachgemacht ist, nach den selben Grundsätzen beurteilt wie die Frage der Unechtheit in § 267 (vgl. RG 48, 125/126 - ob dies richtig ist, kann hier dahingestellt bleiben). Wenn das RG in der Entscheidung dann annimmt, dass eine Nachahmung einer Inhaberaktie nicht nur in der Weise möglich sei, dass die Verkörperung der Erklärung eines Aktiengesellschaftsvorstandes über das Aktienrecht des Inhabers von einem anderen als dem Vorstand fälschlich hergestellt wird, sondern auch dadurch, dass der echten Verkörperung einer solchen Erklärung, die von ihrem Aussteller nicht dazu bestimmt war, als Urschrift in den Rechtsverkehr gebracht zu werden, durch unbefugte Zusätze fälschlich der Anschein dieser Bestimmung gegeben wird, - so bringt es daher damit eine mit den oben im Text genannten Autoren übereinstimmende Auffassung zum Ausdruck. Auch das Reichsgericht nimmt nämlich eine unechte Urkunde an, wenn bei einem Entwurf der Beurkundungswille fehlt und vorgetäuscht wird. Dieser Annahme steht nicht entgegen, dass das RG hier von der fehlenden Beweisbestimmung spricht; denn die Entscheidung ergibt, dass dieser mit dem Beurkundungswillen in engem Zusammenhang stehende Begriff hier ganz mit dem Beurkundungswillen gleichgesetzt wird.

- 1) Bei Binding folgt dies daraus, dass er zunächst in diesen Fällen ein Fehlen des Moments der 'Ernstlichkeit' annimmt (a. a. O., 208) und in allen Fällen, in denen von einem anderen als dem Hersteller oder Unterzeichner ein Schriftstück benutzt wurde, das ohne das Moment der 'Ernstlichkeit' ausgestellt ist, ein Gebrauchmachen von einer unechten Urkunde für gegeben hält (a. a. O., S. 209).

In ähnlicher Weise geht auch aus den Ausführungen Oetkers hervor, dass er eine unechte Urkunde im Sinne des § 267 annimmt, wenn er in den genannten Fällen den Feststellungswillen verneint (a. a. O., S. 37) und dann für den Fall des Gebrauchmachens von einer ohne 'Feststellungswillen' hergestellten Niederschrift durch den Nichtaussteller ein Vergehen gem. § 270 a. F. annimmt (vgl.

und dies ebenfalls mit dem Fehlen des Beurkundungswillens begründen 1).

Die angeführten Autoren und das Reichsgericht folgern das Vorliegen einer unechten Urkunde in derartigen Fällen nun nicht aus dem Umstand, dass durch das Fehlen des Beurkundungswillens die Ausstellereigenschaft der herstellenden oder unterzeichnenden Person entfällt 2) 3) 4) 5).

Insoweit stimmen sie mit dem oben Ausgeführten überein 6). Sie sehen also ein Fehlen des Beurkundungswillens bei der als Aussteller erscheinenden Person als einen neben der Nichtübereinstimmung zwischen angeblichem und wirklichem Aussteller möglichen Grund für das Vorliegen einer unechten Urkunde. Dies entspricht jedoch, wie oben bereits hervorgehoben, nicht dem Begriff der unechten Urkunde 7). Die hier vertretene Auffassung, nach der keine unechte Urkunde zustande kommt, wenn eine ohne Beurkundungswillen hergestellte Gedankenverkörperung gegen den Willen des Ausstellers dessen Einflussbereich verlässt, vertreten, indem sie bei einem gegen den Willen des Ausstellers erfolgenden Inverkehrsetzen

Fortsetzung der Fussnote 1), Seite 39:

hierzu auch oben S. 37/38 Anm. 6/3. Abs.)

Ob Jagusch auch in diesen Fällen eine unechte Urkunde annimmt, geht ausdrücklich aus seinen Ausführungen nicht hervor. Konsequenter wäre es allerdings, wenn er auch in diesen Fällen eine unechte Urkunde annähme, da nach ihm es hier am 'Erklärungswillen' (= Beurkundungswillen) fehlt (vgl. LK Bem. 7a vor § 267).

-
- 1) vgl. obige Anm. Darüber, dass das Fehlen der 'Ernstlichkeit' im Sinne Bindings, des 'Erklärungswillens' im Sinne Jaguschs und des Fehlens des 'Feststellungswillens' im Sinne Oetkers, dem Fehlen des Beurkundungswillens entspricht vgl. oben S. 38 Anm. 1
 - 2) Bei Binding folgt dies daraus, dass er für die Echtheit verlangt, dass beim Aussteller das Erfordernis der 'Ernstlichkeit' vorliegt (a. a. O., 207), der Beurkundungswille also für ihn nicht die Voraussetzung der Ausstellereigenschaft bildet.
 - 3) Ähnlich wie Binding setzt Oetker auch bei fehlendem 'Feststellungswillen' (= Beurkundungswillen) die Ausstellereigenschaft voraus (a. a. O., S. 41)
 - 4) Auch Jagusch dürfte den 'Erklärungswillen' nicht als konstitutiv für die Ausstellereigenschaft ansehen, vgl. LK Bem. 3a vor § 267 und insbesondere seine Ausführungen über den Ausstellerbegriff LK Bem. 3b vor § 267.
 - 5) Bei dem Urteil des RG (RG 48, 125) geht dies daraus hervor, dass dort stets von der fehlenden Beweisbestimmung durch den Aussteller gesprochen wird. Darüber, dass hier mit 'Beweisbestimmung' der Beurkundungswille gemeint ist, vgl. oben S. 38 Anm. 2 a. E.
 - 6) vgl. oben S. 36 f.
 - 7) vgl. oben S. 37

einer ohne Beurkundungswillen ausgestellten Gedankenverkörperung UF verneinen, Frank 1), Weissmann, Pagel und Welzel. Die drei Letztgenannten sprechen diesen Grundsatz allerdings nur für den Fall des Entwurfs aus 2) 3) 4).

Eine Begründung für seine Auffassung gibt lediglich Weissmann in seinen beiden Abhandlungen 5). Sie erweist sich jedoch einmal als zu lückenhaft 6), zum anderen ist der Ausgangspunkt, von dem sie ausgeht, falsch 7).

- 1) FRANK § 267 Anm. I. Er sagt zwar lediglich, dass das widerrechtliche Inverkehrsetzen einer Urkunde keine UF darstelle. Da dies für eine vollständige Urkunde ohne weiteres klar ist, ergibt sich aber, dass Frank wohl nur die Fälle meinen kann, bei denen eine ohne Beurkundungswillen hergestellte bzw. unterzeichnete Urkunde gegen den Willen des Herstellers bzw. Unterzeichners in den Verkehr gebracht wird.
- 2) vgl. WEISSMANN ZStW 11, S. 30; Keine UF, wenn der Schuldner die in Erwartung künftiger Zahlung ausgestellte Quittung entwendet und mit ihr beweist (ebenso in VDB VII, S. 372); keine Wechselfälschung, wenn der Wechsel wider den Willen des Ausstellers begeben wird.
- 3) vgl. PAGEL, S. 245, insbes. Anm. 29
- 4) vgl. WELZEL, S. 332; Kein Verstoß gegen § 267 bei Entwendung des vollständigen Entwurfs und Gebrauch desselben.
- 5) vgl. ZStW 11, S. 30 und VDB VII, S. 372
- 6) vgl. ZStW 11, S. 30. Er unterscheidet hier zwischen "Beurkundungswillen" und "Äusserungswillen". Der "Beurkundungswille" ist nach ihm der Wille des Ausstellers, die urkundliche Erklärung sich anzueignen, der "Äusserungswille" ist nach Weissmann der Wille, die Erklärung einem anderen im eigentlichen Sinne "abzugeben". Wenn Weissmann dann die Echtheit von ohne Beurkundungswillen (im Sinne der hier gebrauchten Terminologie (vgl. S. 11 oben)) hergestellten Urkunden damit begründet, dass für die Echtheit lediglich das Vorhandensein eines "Äusserungswillens" Voraussetzung sei, so befindet er sich damit rein sachlich in Übereinstimmung mit der hier vertretenen Meinung. Der von ihm für die Echtheit allein wesentlich gehaltene "Äusserungswille" entspricht nämlich der hier für die Echtheit einer Urkunde als genügend anerkannten Voraussetzung (vgl. oben S. 32 f. und die übrige Darlegung Weissmanns).

Nicht zwingend ist jedoch die Begründung Weissmanns insofern, als er jeden Hinweis vermissen lässt, warum der "Äusserungswille" allein entscheidend für die Echtheit ist (vgl. dagegen die obigen Ausführungen (S. 36 ff.), wo dies aus dem nach dem Rechtsgut des § 267 ausgelegten Ausstellerbegriff hergeleitet wurde).

- 7) vgl. VDB VII, S. 372. Dort rechtfertigt Weissmann seine Auffassung damit, dass er sagt, die Entäusserung sei ein Umstand, der durch die Urkunde selbst, durch ihren Inhalt nicht erwiesen wird und nicht erwiesen werden könne. Zuzu-

C. DROHUNG, IRRTUM UND BEEINTRÄCHTIGUNG DER GESCHÄFTSFÄHIGKEIT BZW. ZURECHNUNGSFÄHIGKEIT BE- DINGEN GRUNDSÄTZLICH KEINE UNECHTHEIT

I. EIGENE ANSICHT

1. Neben dem Fehlen eines Beurkundungswillens ist auch ohne Einfluss auf die Ausstellereigenschaft, dass die unter den oben 1) genannten Voraussetzungen eine Urkunde herstellende bzw. unterzeichnende Person durch eine Drohung bewegt wurde.

2. Unerheblich ist auch ein irgendwie gearteter Irrtum, sofern er sich nicht gerade im Falle der Unterzeichnung auf den äusseren Tatbestand der unterzeichneten Erklärung als solchen bezieht. Unbeachtlich ist daher neben dem bereits oben behandelten Irrtum über den äusseren Erklärungstatbestand bei der Verfertigung einer Urkunde 2) der Irrtum über Sinn und Bedeutung der Erklärung bei Verfertigung und Unterzeichnung, ferner jeder Irrtum im Motiv.

3. Unerheblich für die Ausstellereigenschaft schliesslich das Fehlen der vollen Zurechnungsfähigkeit bzw. Geschäftsfähigkeit, sofern es sich nicht um einen Zustand der Handlungsunfähigkeit handelt 3).

4. In all den Fällen kann nämlich die herstellende oder unterzeichnende Person in der Urkunde als Aussteller erscheinen, ohne dass damit das dem durch § 267 geschützten Beweisverkehr mit Urkunden zu Grunde liegende Vertrauen der Allgemeinheit erschüttert ist. Die verfertigte bzw. unterzeichnete Erklärung kann dem als ihren Aussteller Erscheinenden als seine Erklärung vorgehalten werden. Dass der Hersteller bzw. Unterzeichner durch Drohung bzw. durch einen Irrtum in der oben erwähnten Art veranlasst war oder sich in einem die Handlungs-

Fortsetzung der Fussnote 7), Seite 41:

stimmen ist dabei Weissmann insoweit, als er den in § 267 geschützten Beweisverkehr als Ausgangspunkt für eine Lösung ansieht. Nicht zwingend ist seine Begründung insofern, als er die Bedeutung des Beweisverkehrs mit Urkunden falsch einschätzt. Es ist nämlich ohne weiteres möglich zu sagen, dass auch die Entäusserung bewiesen werden kann. Wenn es auf die Entäusserung für die Echtheit nicht ankommt, so liegt das vielmehr darin, dass der Beweisverkehr in § 267 nur insoweit geschützt ist, als das zu schützende Vertrauen der Allgemeinheit reicht (vgl. oben S. 36 ff.). Für dieses wurde aber festgestellt, dass es sich nur darauf bezieht, dass die in der Urkunde enthaltene Erklärung von dem als Aussteller Erscheinenden hergestellt oder unterschrieben ist.

1) vgl. oben S. 32 f.

2) vgl. oben S. 36 unter A.

3) vgl. oben S. 33 unter A.

fähigkeit nicht ausschliessenden, jedoch die Zurechnungsfähigkeit bzw. Geschäftsfähigkeit beeinträchtigenden Zustand befand, hat nämlich nicht zur Folge, dass die in der Urkunde enthaltene Erklärung nicht mehr als die des Herstellers bzw. Unterzeichners angesehen werden kann.

II. DIE ANSICHT DER h. M.

1. Eine uneingeschränkte Übereinstimmung zwischen der hier vertretenen Auffassung und der h. M. besteht hinsichtlich des Einflusses, den eine Drohung auf die Ausstellerqualität ausübt. Soweit die Literatur sich mit dem Problem befasst, wird nämlich durchwegs betont, dass die Herstellung bzw. Unterzeichnung der Urkunde durch den Namensträger unter dem Einfluss von Drohungen die Echtheit nicht beeinträchtigt 1).

2. Die h. M. stimmt hinsichtlich der Frage, inwieweit ein Irrtum (Täuschung) der herstellenden bzw. unterzeichnenden Person deren Ausstellerqualität beeinflusst, im allgemeinen mit der hier vertretenen Ansicht überein; nur für den Fall, dass der Unterzeichnende sich über den Inhalt der Erklärung irrt, weicht sie, wie bereits oben gezeigt 2), von dem hier vertretenen Standpunkt ab und nimmt in diesem Falle Echtheit an. Indem sie jedoch generell einen Irrtum (Täuschung) 3) oder auch nur einen Irrtum (Täuschung) über den Inhalt 4) für unbeachtlich erklärt bzw. nur für den Fall des Irrtums über den Urkundenkörper als solchen eine Ausnahme macht 5), stimmt sie im übrigen mit der hier vertretenen Auffassung überein 6).

-
- 1) BOCK, S. 29; LK (4. Aufl.) § 267 Anm. 23; FRANK § 267 Anm. 1; HORSTMANN, S. 23; LISZT-SCHMIDT, S. 744 oben; LENZ, S. 155; MEYER-ALLFELD, S. 521; NIETHAMMER, S. 306/u.; OLSHAUSEN § 267 Anm. 26 Ib; PAGEL, S. 245 Anm. 31; ROCK, S. 43; SCHWARZ § 267 Anm. 4 A.

Für den Fall der unwiderstehlichen Drohung will JAGUSCH (LK Bem. 3a vor § 267) den Beurkundungswillen fallen lassen (vgl. darüber oben S. 11 unten). Gegen die absolut h. M. nur MAURACH (BT, S. 430/u.), wenn er dort die Echtheit im Falle der Drohung verneint.

- 2) vgl. oben S. 34 f.

- 3) LK (4. Aufl.) § 267 Anm. 23; HORSTMANN, S. 23; LENZ, S. 155; PAGEL, S. 255 Anm. 31; SCHWARZ § 267 Anm. 4 A.

- 4) BOCK, S. 29; OLSHAUSEN § 267 Anm. 26 Ib; ROCK, S. 43; WEISSMANN ZStW 11, S. 35; RG 5, 410 = RG Rspr. IV, 655 (657); RG 25, 127 (137).

- 5) JAGUSCH LK Bem. 3a vor § 267 und Bem. 7a vor § 267 (anders bei § 267 Anm. 3/S. 510, wo er auch bei Unterzeichnung eines abredewidrig ausgefüllten Schriftstücks fälschliche Anfertigung annimmt); LISZT-SCHMIDT, S. 744 oben; MEYER-ALLFELD, S. 521; WEISSMANN ZStW, 11, S. 35.

- 6) Unklar ist die Stellungnahme MAURACHS (BT, S. 430), wenn er sagt, dass die

3. Nicht ganz einheitlich stellt sich die Literatur zu der Frage, inwieweit die Ausstellerqualität des Herstellers bzw. Unterzeichners durch eine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit bzw. der Zurechnungsfähigkeit beeinflusst wird 1).

D. DIE AUSSTELLEREIGENSCHAFT WIRD BEI PHYSISCHER BEZIEHUNG NICHT DURCH DIE RECHTSUNWIRKSAMKEIT DER ERKLÄRUNG BEEINFLUSST

Die bisherigen Ausführungen zeigten, dass die Ausstellerqualität, soweit sie durch eine physische Beziehung zur Urkunde begründet ist, nicht durch die Rechtsunwirksamkeit der Erklärung beeinträchtigt wird. Es zeigte sich, dass allein entscheidend ist, dass jemand durch eine von seinem Willen getragene Handlung den äusseren Tatbestand einer Erklärung setzt oder auch durch eine von seinem Willen getragene Handlung eine Erklärung im Bewusstsein bzw. unter genereller Billigung ihrer äusseren Gestalt setzt.

Dass die Rechtswirksamkeit der Erklärung die Ausstellerqualität nicht beeinflusst, wird durch diejenigen bestätigt, die die Urkundeneigenschaft ausdrücklich nicht für den Fall verneinen, dass die in der Urkunde enthaltene Erklärung rechtsunwirksam ist 2).

3. KAPITEL

Die Voraussetzungen, unter denen auch eine nicht-physische Beziehung zur Urkunde die Ausstellereigenschaft begründet

VORBEMERKUNG

Die bisherigen Untersuchungen befassten sich mit der Frage, inwieweit eine durch eine körperliche Mitwirkung bei der Herstellung oder Unterzeichnung begründete Beziehung zur Urkunde für die Ausstellereigenschaft entscheidend sein kann. Entsprechend der bereits oben 3) gemachten Ankündigung soll nun im fol-

Fortsetzung der Fussnote 6), Seite 43:

Urkunde unecht sei, wenn der Namensträger durch Hervorrufung eines rechtserheblichen Irrtums zur Niederschrift veranlasst worden sei, da nicht genau ersichtlich ist, was er unter einem "rechtserheblichen Irrtum" versteht.

-
- 1) Die Unzurechnungsfähigkeit beseitigt die Echtheit nach HORSTMANN, S. 23 und LENZ, S. 155; nach BOCK, S. 30 entfällt die Echtheit im Falle eines die freie Willensbestimmung ausschliessenden Zustandes.
 - 2) vgl. JAGUSCH LK Bem. 3e vor § 267; MERKEL, S. 315; RG LZ 1916, Sp. 1445; RG 55, 261; RG 56, 66; a. A. JOHN ZStW 6, S. 57; und RG 8, 351.
 - 3) vgl. oben S. 32

genden Kapitel untersucht werden, inwieweit eine nicht-physische Beziehung zu einer Urkunde eine Person zum Aussteller derselben machen kann. Vor Darlegung der eigenen Stellungnahme hierzu seien dabei zunächst die in der Lehre und Rechtsprechung vertretenen Auffassungen dargestellt. Da die in der Lehre und Rechtsprechung vertretenen Theorien, soweit sie eine nicht-physische Beziehung zur Urkunde genügen lassen, zum überwiegenden Teil eine rechtliche Beziehung in dem Sinne fordern, dass die in der Urkunde enthaltene Erklärung für den Aussteller "gelten" muss, soll zunächst in einem als Exkurs aufzufassenden Abschnitt geklärt werden, welche Voraussetzungen gegeben sein müssen, damit eine in einer Urkunde enthaltene Erklärung für eine Person gilt, die an der Herstellung bzw. Unterzeichnung physisch nicht beteiligt war. Nur wenn diese Frage gelöst ist, kann nämlich die Tragweite der h. M. ermessen werden. Auch ist eine Kritik der h. M. nur möglich, wenn das Kriterium, nach dem sie die Ausstellereigenschaft orientiert, geklärt ist.

1. ABSCHNITT

Die Voraussetzungen, unter denen eine verkörperte Erklärung für den Nichthersteller bzw. Nichtunterzeichner einer Urkunde gilt

Die Möglichkeit, dass eine in einer Urkunde niedergelegte Erklärung für einen an der Herstellung physisch nicht Beteiligten wirkt, kann auf Grund des privaten wie auch auf Grund des öffentlichen Rechts eintreten.

A. DIE VORAUSSETZUNGEN, UNTER DENEN NACH DEM PRIVATRECHT EINE VERKÖRPERTE ERKLÄRUNG FÜR DEN NICTHERSTELLER WIRKT

Vorbemerkung

1. Bevor nun die Voraussetzungen aufgezeigt werden, unter denen nach dem Privatrecht eine in einer Urkunde enthaltene Erklärung für einen an der Herstellung nicht Beteiligten wirkt, muss ein Einwand entkräftet werden, der dem Gang der vorliegenden Untersuchung gemacht werden könnte.

Es ist nämlich immerhin denkbar, dass man ihr entgegenhält, sie erörtere eine zivilrechtliche Frage als Vorfrage zu ihren den strafrechtlichen Ausstellerbegriff betreffenden Untersuchungen, ohne zu berücksichtigen, dass die strafrechtliche Unechtheit bzw. Echtheit einer Urkunde gerade die hier zu untersuchende zivilrechtliche Vorfrage beeinflusst, und ver falle damit in einen *circulus vitiosus*. Ein solcher Einwand ist umso mehr zu erwarten, als in der bisherigen Literatur bereits die Ansicht vertreten wurde, die strafrechtliche Unechtheit beeinflusse das Gelten der in der Urkunde enthaltenen Erklärung für eine an ihrer Herstellung nicht

beteiligte Person 1).

Dem naheliegenden Vorwurf des Kreisschlusses kann entgegengehalten werden, dass kein Gesichtspunkt ersichtlich ist, der eine Abhängigkeit der zivilrechtlichen Gültigkeit von der strafrechtlichen Echt- bzw. Unechtheit erkennen lässt. Insbesondere ergibt sich ein solcher nicht aus § 134 BGB, wenn § 267 erfüllt sein sollte; denn für § 134 BGB ist erforderlich, dass das beurkundete Rechtsgeschäft gegen das gesetzliche Verbot verstösst, im Falle des § 267 würde aber nur die Beurkundungsform des Rechtsgeschäfts gegen ein gesetzliches Verbot verstossen 2). Aus demselben Grunde kann auch § 138 BGB nicht herangezogen werden 3).

2. Nach dem Privatrecht können Erklärungen, die in der Urkunde enthalten sind, für eine Person wirken, die an der Ausstellung bzw. Unterzeichnung der Urkunde physisch nicht oder wenigstens nicht in vollem Umfang beteiligt ist. Die Institute, die das Privatrecht bereithält, um eine solche Wirkung zu erzielen, sind die der Schreibgehilfenschaft, der Stellvertretung, des Handelns unter fremdem Namen und der Blankettausfüllung.

I. DIE SCHREIBGEHILFENSCHAFT

Als Schreibgehilfe wird derjenige angesehen, welcher bei der Vergegenständlichung einer Erklärung behilflich ist, ohne zu ihrem gedanklichen Inhalt in Beziehung zu stehen. Der Schreibgehilfe dient dem Erklärenden als Werkzeug, sei es, dass er nach Diktat die Feder führt oder auftragsgemäss den Namensstempel aufdrückt, die Schreibmaschine oder die Druckerpresse bedient 4).

Lässt jemand eine privatrechtliche Willenserklärung oder rechtsgeschäftsähnliche Erklärung durch einen Schreibgehilfen vergegenständlichen, so wirkt diese Erklärung genauso für und gegen ihn, wie wenn er sie selbst niedergeschrieben hätte. Eine derartige Wirkung tritt nur dann nicht ein, wenn für die Er-

-
- 1) vgl. BRODMANN, S. 21: Gelten hängt von Echtheit ab; FRANK ZStW 32, S. 91, der es als möglich ansieht, dass eine Urkunde wegen einer Fälschung wirkungslos ist; sich anschliessend SCHILDWÄCHTER, S. 43; PAGEL, S. 232, der die Nichtigkeit gefälschter Urkunden bejaht; FUHRMANN, S. 39 auf § 134 BGB verweisend.
 - 2) Gegen die Heranziehung des § 134 BGB auch HINKE, S. 48; SCHUMANN, S. 38/39
 - 3) So auch SCHUMANN, S. 38/39
 - 4) So VOLWASSEN, S. 34; ähnlich GERSCH, S. 44; SCHEIBER, S. 65 und wohl auch TIMPE, S. 18; vgl. ferner STAUDINGER-COING § 126 Anm. 11: Die Würdigung der Umstände des Einzelfalls ist entscheidend, ob Vertretung oder Schreibgehilfenschaft vorliegt.

klärung eine eigenhändige Namensunterschrift (§ 126 BGB) vorgeschrieben ist 1).

II. DIE STELLVERTRETUNG (§§ 164 ff. BGB)

1. Stellvertretung und Schreibgehilfenschaft

Lässt jemand eine Erklärung durch einen anderen niederschreiben und geht dessen Mitwirkung über eine bloße mechanische Tätigkeit hinaus, so ist ein Gelten der Erklärung für und gegen den Veranlassenden über das Institut der Stellvertretung möglich; denn der Begriff des Stellvertreters setzt einen selbständig Handelnden voraus 2).

Teilweise wird allerdings der Standpunkt vertreten, dass auch die Fälle, die oben als Schreibgehilfenschaft bezeichnet wurden, in den Rahmen der Stellvertretung fallen. So leugnet Rosenberg 3) jeden Unterschied zwischen Gehilfen und Stellvertreter. Hupka nimmt selbst dann Vertretung an, wenn jemand von einem anderen mit der Niederschrift eines genau vorgeschriebenen Urkundeninhalts beauftragt wurde 4). In der Richtung dieser Autoren bewegt sich auch das Reichsgericht 5), indem es erkennen lässt, dass im Zweifel stets Vertretung und nicht Gehilfenschaft anzunehmen sei, wenn jemand einen anderen zur schriftlichen Niederlegung einer Willenserklärung veranlasst.

Die Tendenz zugunsten der Annahme einer Vertretung erklärt sich aus dem Umstand, dass durch die Einbeziehung in das Institut der Stellvertretung die in der Urkunde enthaltene Erklärung auch dann für den Veranlassenden wirken kann, wenn für die Erklärung Schriftform vorgeschrieben ist. Dem Stellvertreter ist es nämlich trotz § 126 BGB gestattet, mit dem Namen des Vertretenen zu zeichnen 6). Dass die Fälle der vorgeschriebenen Schriftform den Grund für die weitgehende Annahme einer Stellvertretung bilden, geht insbesondere aus den erwähnten RG-Entscheidungen hervor, in denen es sich stets um Fälle handelt, bei denen Schriftform vorgeschrieben war 7).

-
- 1) vgl. STAUDINGER-COING § 126 Anm. 11; RGR § 126 Anm. 13; ENNECCERUS-NIPPERDEY AT (2. HB), S. 963 Anm. 10; RG 58, 397; vgl. ferner Mot. 1, S. 185
 - 2) vgl. STAUDINGER-COING Vorbem. 27 vor § 164; SOERGEL-SCHULTZE-v. LASAULX Bem. 18 u. Bem. 30 vor § 164
 - 3) ROSENBERG, Stellvertretung, S. 195 ff.
 - 4) HUPKA, S. 32 Anm. 2
 - 5) vgl. RGZ 81, 1 und RGZ 76, 99; gegen die Entscheidung in RGZ 81, 1 auch RUMPF JW 1914, S. 1019 f. und STAUDINGER-COING § 126 Anm. 11
 - 6) vgl. unten S. 53 unter bb)
 - 7) vgl. RGZ 81, 1 und RGZ 76, 99

2. Die Voraussetzungen wirksamer Stellvertretung

Im folgenden sollen nun die Voraussetzungen untersucht werden, die vorliegen müssen, wenn im Rahmen des Instituts der Stellvertretung eine verkörperte Erklärung für den an der Urkundenvollziehung physisch nicht Beteiligten gelten soll.

Der besseren Verständlichkeit der Darstellung wegen, sollen dabei zunächst die Voraussetzungen aufgezeigt werden, die gegeben sein müssen, damit eine mündlich abgegebene Erklärung im Rahmen der Stellvertretung für denjenigen wirkt, der sie nicht abgegeben hat.

a) Die Stellvertretung bei mündlichen Erklärungen

Die Fremdwirkung einer Erklärung gemäss §§ 164 ff. BGB setzt folgendes voraus:

aa) Die Stellvertretung muss zulässig sein. Beispiele für die Unzulässigkeit der Stellvertretung bieten die §§ 2064, 2256 Abs. II u. III, 2274, 2284, 2290 Abs. II, 1358 Abs. III, 1595, 1598 Abs. III, 1728, 1731, 1748 Abs. II, 1750, 1755, 2271, 2282, 2296 BGB und § 13 EheG.

bb) Bei der Erklärung muss es sich um eine Willenserklärung handeln (§ 164 BGB) 1). Da die geschäftsähnlichen Rechtshandlungen 2) sich grundsätzlich nach den für die Rechtsgeschäfte geltenden Regeln beurteilen 3), kann es sich auch um eine sog. geschäftsähnliche Erklärung handeln.

cc) Derjenige, der die Willenserklärung bzw. geschäftsähnliche Erklärung abgibt, muss Vertreter sein, d.h. er muss die Erklärung aus eigenem Entschluss abgeben 4).

dd) Die Vertretungsmacht:

aaa) Im allgemeinen: Der die Erklärung Abgebende muss im Rahmen seiner Vertretungsmacht handeln (§ 164 Abs. I BGB). Diese kann einer Person kraft Rechtsgeschäfts (Vollmacht), kraft Berufung als Organ einer juristischen Person des privaten oder öffentlichen Rechts, kraft Gesetzes auf Grund familienrechtlicher Stellung (gesetzliche Vertretungsmacht der Eltern) oder infolge Verleihung durch Staatsakt auf Grund Gesetzes (Vormund, Pfleger) zustehen 5).

Nicht eigentlich vom Bestehen einer Vertretungsmacht kann in den Fällen gesprochen werden, in denen mit Rücksicht auf gutgläubige Dritte dem Handeln eines Vertreters ohne Vertretungsmacht vom Gesetz die Wirkung des Handelns ei-

1) Über diesen Begriff vgl. STAUDINGER-COING Vorbem. vor § 116

2) Über diese vgl. STAUDINGER-COING Einl. 20b vor § 104

3) vgl. STAUDINGER-COING Einl. 20b vor § 104

4) vgl. oben S. 47

5) vgl. die Aufstellung bei STAUDINGER-COING Vorbem. 15 vor § 164

nes berechtigten Vertreters beigelegt wird (sog. Vollmacht kraft Rechtsscheins) 1).

Eine ähnliche Situation entsteht gegebenenfalls auf Grund der §§ 171, 172, 173 BGB und §§ 54, 56 HGB; danach tritt nämlich unter Umständen mit Rücksicht auf gutgläubige Dritte dieselbe Wirkung ein, wie wenn eine Vertretungsmacht bestehen würde, selbst wenn eine solche nicht oder nicht mehr besteht. Teilweise ergibt sich auch aus den Vorschriften des Zivilrechts lediglich, dass eine bereits einmal bestandene Vertretungsmacht gutgläubigen Dritten gegenüber als weiterbestehend anzusehen ist. (Vgl. §§ 169, 170, 173 BGB; ferner tritt ein derartiger Fall auf Grund der negativen Publizität des Handelsregisters (§ 15 HGB) u. U. dann ein, wenn das Entstehen der Vertretungsmacht eine einzutragende Tatsache darstellt (vgl. etwa §§ 53, 125 Abs. IV HGB).

bbb) Die Gültigkeit der Vollmacht insbesondere: Die Gültigkeit der Vollmacht wird in der sich mit dem strafrechtlichen Echtheitsproblem befassenden Literatur oft von falschen Voraussetzungen abhängig gemacht. Aus diesem Grunde sieht sich der Verfasser veranlasst, die Bedingungen einer gültigen Vollmacht darzulegen, wobei besonders auf die in der strafrechtlichen Literatur vertretenen unrichtigen Ansichten eingegangen werden soll.

Die Vollmachterteilung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft. Sie folgt den allgemeinen für Rechtsgeschäfte geltenden Regeln (§§ 104 ff. BGB). Sie ist grundsätzlich formfrei 2). Sie ist abstrakt 3), d. h. von den zwischen dem Bevollmächtigten und dem Vollmachtgeber im Innenverhältnis bestehenden sonstigen Rechtsbeziehungen zu unterscheiden. Daraus folgt, dass sie in ihrer Wirksamkeit nicht davon abhängig ist, zu welchen Zwecken sie dienen soll. Insbesondere ergibt sich hieraus, dass die mehrfach in der strafrechtlichen Literatur geäußerte Ansicht unrichtig ist, nach der eine zum Zweck der Täuschung Dritter 4) bzw. eine in der

1) vgl. darüber STAUDINGER-COING § 167 Anm. 9 - 10d.

2) Über Ausnahmen vgl. § 1945 Abs. II BGB, § 80 Abs. II ZPO, § 71 Abs. II ZVG, § 13 FGG; §§ 29, 30, 32 GBO; über weitere von der Rechtsprechung entwickelte Ausnahmen vgl. STAUDINGER-COING § 167 Anm. 7c.

3) vgl. STAUDINGER-COING § 167 Anm. 1a ff.

4) So HANEBERG, S. 27; KNUPE, S. 38 und SCHEIBER, S. 44 f. (mit gleichzeitiger Berufung auf § 117 BGB), die sich dabei auf § 138 BGB berufen. Teilweise wird die Nichtigkeit der Vollmacht auch nur für den im schriftlichen Verkehr möglichen Spezialfall vertreten, dass mit der Bevollmächtigung eine Täuschung über den tatsächlichen Aussteller bezweckt wird. So MERTGEN mit Berufung auf § 138 BGB (S. 48); ferner BOCK, S. 52 und VOLWASSEN, S. 42 unter gleichzeitiger Berufung auf § 117 BGB.

SCHÖNKE FS, S. 259 unten sieht die Wirksamkeit der Vollmacht nur dann nicht als beeinträchtigt an, wenn über "ausserhalb des Vertretungsverhältnisses liegende Umstände" getäuscht werden soll.

Absicht, sich nicht zu verpflichten 1), erteilte Vollmacht nichtig ist. Selbst wenn nämlich - was dahingestellt bleiben kann 2) - durch die genannten Umstände eine Sittenwidrigkeit bedingt werden sollte, würde diese auf Grund der Abstraktizität der Vollmacht lediglich das der Vollmachterteilung zu Grunde liegende Kausalverhältnis, nicht dagegen auch die Vollmacht selbst beeinträchtigen 3).

Die Nichtigkeit der Vollmacht kann in den obengenannten Fällen auch nicht aus § 117 BGB hergeleitet werden; denn davon, dass die Vollmacht nur zum Schein erteilt ist, kann in den genannten Fällen nicht gesprochen werden.

ee) Der die Willenserklärung oder die rechtsgeschäftsähnliche Erklärung Abgebende muss dies im Namen desjenigen tun, für den die Erklärung wirken soll (§ 164 Abs. I, Satz 1). Der die Erklärung Abgebende muss also bei seinem Handeln erkennbar machen, dass er als Vertreter im Namen des Dritten handeln will. Es ist nicht erforderlich, dass die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt, es genügt vielmehr, dass die Umstände ergeben, dass sie in dessen Namen erfolgen soll (§ 164 Abs. I Satz 2 BGB).

Für den Fall, dass jemand zwar als Vertreter handeln will, diesen Willen dem Kontrahenten aber nicht erkennbar macht, ist nach den allgemeinen Auslegungsregeln grundsätzlich seine Erklärung in dem Sinne wirksam geworden, in dem sie der Kontrahent verstehen musste. Der Vertreter wird also dann selbst Geschäftspartei (§ 133 BGB) 4). Die an sich in diesem Falle gem. § 119 BGB gegebene Anfechtungsmöglichkeit wird dem die Erklärung Abgebenden durch § 164 Abs. II genommen 5).

In bestimmten Fällen hat nun Lehre und Rechtsprechung eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 164 Abs. II BGB gemacht und auch dann eine unmittelbare

-
- 1) So VOLWASSEN, S. 42; SCHEIBER, S. 44 unter Berufung auf §§ 138 und 117 BGB; ferner TIMPE, S. 35 und MERTGEN, S. 48
 - 2) Äusserst zweifelhaft ist dies insbesondere in dem Falle, in dem lediglich die Absicht besteht, sich rechtlich nicht zu verpflichten (vgl. dazu WALDEYER, S. 39).
 - 3) vgl. PLANCK § 138 Anm. 3b; Abstrakte Rechtsgeschäfte können nicht gegen die guten Sitten verstossen; ENNECCERUS-NIPPERDEY AT (2. HB), S. 1168: Abstrakte Rechtsgeschäfte sind trotz Unsittlichkeit regelmässig gültig; zu nennen ist hier auch SOERGEL-HEFERMEHL § 138 Anm. 7, wo das dingliche Geschäft mit Hinweis auf seine abstrakte Natur als von der Sittenwidrigkeit grundsätzlich unbeeinflusst angesehen wird.
Gegen eine Heranziehung des § 138 BGB in den im Text genannten Fällen mit Berufung auf die Abstraktizität der Vollmacht auch FUHRMANN, S. 28.
 - 4) STAUDINGER-COING Vorbem. 11 vor § 164
 - 5) STAUDINGER-COING Vorbem. 11 vor § 164

Wirkung der Erklärung für den Vertretenen anerkannt, wenn der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervortritt.

Hierzu gehören einmal die Fälle des "Geschäftsabschlusses für das Unternehmen" 1). So lässt die h. L. die Wirkungen in der Person des Geschäftsinhabers eintreten, wenn jemand mit dem Inhaber eines Geschäfts abschliessen will, aber in Wahrheit nicht mit diesem, sondern mit einem bevollmächtigten Angestellten abschliesst, der seine Vertreterstellung nicht erkennen lässt, oder wenn jemand mit dem Gesellschafter einer Handelsgesellschaft abschliesst, ohne genau zu wissen, ob der Betreffende Einzelkaufmann oder Gesellschafter ist, jedenfalls aber mit dem Geschäftsinhaber abschliessen will.

Eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 164 Abs. II BGB wird ferner beim "Geschäft, für den es angeht" gemacht. Die h. M. sieht schon seit geraumer Zeit bei dinglichen Erwerbsgeschäften, die sich im Rahmen eines Bargeschäfts des täglichen Lebens abspielen, von dem Offenheitsprinzip ab 2).

In gewissem Umfange wird auch bei den Kreditgeschäften und bei obligatorischen Geschäften ein "Geschäft, für den es angeht" angenommen und vom Offenheitsprinzip abgesehen 3).

b) Die Stellvertretung bei schriftlichen Erklärungen

aa) Im formfreien Verkehr: Oben unter a) wurden die Voraussetzungen aufgezeigt, unter denen eine durch einen selbständig Handelnden abgegebene Erklärung für einen anderen wirkt. Diese Wirkung tritt, sofern die oben genannten Bedingungen gegeben sind, auch dann ein, wenn die Erklärung schriftlich abgegeben und mit dem Namen des Vertretenen unterzeichnet wird. Dies ist ohne weiteres für den formfreien Verkehr anzunehmen. Zunächst ergibt sich aus der massgebenden Bestimmung des § 164 BGB nichts, was gegen die Statthaftigkeit einer derartigen Unterzeichnung sprechen könnte 4).

Dem Einwand, dass der Name ein Bestandteil der Persönlichkeit sei und nicht auf einen anderen übertragen werden könne 5), kann entgegengehalten werden, dass der Gebrauch des Namens eine Willenserklärung darstellen kann und der Name Äusserung der rechtlichen, nicht der physischen Persönlichkeit ist 6).

1) STAUDINGER-COING § 164 Anm. 12a

2) vgl. näher: STAUDINGER-COING Vorbem. 44 vor § 164

3) vgl. STAUDINGER-COING Vorbem. 48 vor § 164

4) So auch RGZ 50, 51 (58); TIMPE, S. 17; VOLWASSEN, S. 36; WALDEYER, S. 10; SCHEIBER, S. 12 f.

5) In diesem Sinne die überwiegende Praxis des früheren preussischen Obertribunals (OT bei Opp. 12, 479; 17, 461; 18, 207; 29, 293; 60, 323 (zit. nach ROHG 5, 263)) und in der neueren Literatur FUHRMANN, S. 3 ff.

6) vgl. ROHG 5, 263; RGZ 4, 321; TIMPE, S. 53; WALDEYER, S. 10

Für die Zulässigkeit einer derartigen Unterzeichnung spricht auch, dass sogar für den Fall der gesetzlich gebotenen Schriftform ein bestehendes Gewohnheitsrecht 1) die Zulässigkeit der Fremdzeichnung durch den Stellvertreter bejaht.

Die Zulässigkeit der Unterzeichnung mit dem Namen des Vertretenen im formfreien Verkehr wird auch allgemein anerkannt 2).

Eine ausdrückliche Bevollmächtigung speziell zur Unterzeichnung mit dem Namen des Vertretenen ist dabei nicht erforderlich; es genügt vielmehr, dass der Vertreter zur Vornahme des in der Urkunde niedergelegten Rechtsgeschäfts bevollmächtigt ist 3).

Damit die Erklärung in der Urkunde gem. § 164 BGB für den Vertretenen wirkt, ist jedoch stets notwendig, dass ein Handeln in fremdem Namen vorliegt 4). Es muss also irgendwie erkenntlich sein, dass der Unterzeichner als Vertreter handelt 5).

Es sind nämlich keine Gesichtspunkte ersichtlich, die es erlauben, im schriftlichen Verkehr generell von diesem Erfordernis abzusehen, wenn die Fremdwirkung der Erklärung über § 164 BGB eintreten soll. Hingewiesen werden muss in diesem Zusammenhang auf die nicht zu billigende Stellungnahme Franks 6). Er zieht nämlich aus der heute allgemein gebilligten Entscheidung in RGZ 74, 69 7)

1) vgl. unten S. 53 unter bb)

2) Dies wird zwar fast niemals ausdrücklich gesagt; ergibt sich jedoch aus dem Umstand, dass die Zulässigkeit der Unterzeichnung mit dem Namen des Vertretenen bei gesetzlich gebotener Schriftform allgemein bejaht wird. (Vgl. unten S. 53)

Ausdrücklich für die Zulässigkeit sprechen sich aus: LEHMANN, Unterschrift, S. 38 und TIMCKE, S. 92 ff.

Gegen die Zulässigkeit der Fremdzeichnung auch im formfreien Verkehr FRANK § 267 Anm. V 1b und FUHRMANN, S. 1 ff., die die Zulässigkeit der Fremdzeichnung generell verneinen.

Unklar ist die Stellungnahme RANFTS. Ranft hält zunächst die Fremdzeichnung ganz allgemein für unzulässig (S. 51, 52), führt aber dann aus, dass bei gesetzlich vorgeschriebener Schriftform aus einer mit fremdem Namen unterzeichneten Urkunde keine Rechte und Pflichten für den Namensträger entstehen können, was wiederum nahelegt, dass Ranft nur für die Fälle gesetzlich gebotener Schriftform die Fremdzeichnung für unzulässig hält.

3) vgl. RGZ 74, 69 für den Spezialfall der gesetzlich gebotenen Schriftform (arg. e fortiori).

4) Ausdrücklich für den schriftlichen Verkehr betonen dies SCHEIBER, S. 18 f., WALDEYER, S. 47 und HOPFENSBERGER, S. 32

5) vgl. Näheres darüber oben S. 50 f.

6) FRANK § 267 Anm. V 1b

7) vgl. unten S. 53 unter bb)

den Schluss, dass auch im persönlichen Verkehr jemand unter fremdem Namen auftreten könne. Einmal betrifft nämlich die Entscheidung den Sonderfall der gesetzlich vorgeschriebenen Schriftform; zum anderen hat die Entscheidung die Frage des Handelns in fremdem Namen nicht berührt, sondern lediglich entschieden, ob im Falle gesetzlich vorgeschriebener Schriftform § 126 BGB gewahrt ist, wenn der Vertreter lediglich mit dem Namen des Vertretenen unterzeichnet 1). Auf ähnliche Weise wie hier wenden sich gegen die Ausführungen Franks Waldeyer 2) und Hopfensberger 3).

bb) Bei vorgeschriebener Schriftform: Für die Zeichnung mit dem Namen des Vertretenen im Falle vorgeschriebener Schriftform gelten die oben unter aa) gemachten Darlegungen entsprechend. § 126 BGB steht der Statthaftigkeit einer derartigen Unterzeichnung nicht entgegen. Ein "unter der Flagge der Gesetzesauslegung entstandenes Gewohnheitsrecht" 4) bejaht nämlich die Zulässigkeit derartiger Fremdzeichnung 5).

1) vgl. Näheres dazu unten S. 58; dort zeigt sich, dass auch im zivilrechtlichen Schrifttum RGZ 74, 69 vielfach falsch interpretiert wird.

2) WALDEYER, S. 48

3) HOPFENSBERGER, S. 32 f.

4) LEHMANN AT, S. 207

5) vgl. STAUDINGER-COING § 126 Anm. 9; SOERGEL-HEFERMEHL § 126 Anm. 13; RGR § 126 Anm. 13; PALANDT § 126 Anm. 4; ENNECCERUS-NIPPERDEY AT (2. HB), S. 963; LEHMANN AT, S. 207.

Früher nahm eine weitverbreitete Ansicht Unzulässigkeit an. Vgl. u. a. DAMME DJZ 1907, S. 54; LEHMANN, Unterschrift, S. 91; MÜLLER DJZ 1900, S. 497; OERTMANN, § 126 Anm. 4; PLANCK § 126 Anm. 2k; STAUDINGER-RIEZLER (10. Aufl., 1936) § 126 Anm. 9; von den strafrechtlichen Dissertationen wenden sich gegen die Zulässigkeit FUHRMANN, S. 9 ff.; RANFT, S. 1 ff.; SCHILDWÄCHTER, S. 23 ff. (Ausnahme im Handelsrecht, Gegenausnahme: Wechselrecht) und SCHNELKE, S. 20 ff.; unklar SIBURG, S. 27, da nicht erkennbar ist, ob die geforderte Ersichtlichkeit des Handelns als Vertreter aus der Urkunde oder aus ausserhalb der Urkunde liegenden Umständen hervorgehen muss.

Für die Zulässigkeit sprachen sich bereits früher aus: RGZ 50, 51; RGZ 58, 387; RGZ 74, 69; RGZ 81, 2; OLG Breslau Rspr. 2, 389; OLG Hamm Rspr. 3, 350; OLG Königsberg Rspr. 4, 209; KG Rspr. 10, 22; COSACK, S. 266; DERNBURG, S. 464; HUPKA, S. 171; STAUB DJZ 1900, S. 338; STAUB § 51 Anm. 2.

Von den strafrechtlichen Dissertationen bejahen die Zulässigkeit GERSCH, S. 53 ff.; KNUPE, S. 20 ff.; HOPFENSBERGER, S. 4 ff.; MERTGEN, S. 43; SCHEIBER, S. 14 ff.; TIMCKE, S. 92 ff.; TIMPE, S. 54 ff.; VOLWASSEN, S. 39 ff.; WALDEYER, S. 13 ff.

III. DAS HANDELN UNTER FREMDEM NAMEN

Vorbemerkung:

Im obigen Abschnitt II wurden die Voraussetzungen aufgezeigt, unter denen eine in fremdem Namen abgegebene schriftliche Erklärung nach dem Privatrecht für den wirkt, in dessen Namen diese abgegeben ist. Im folgenden sollen nun die Bedingungen untersucht werden, unter denen eine schriftliche Erklärung für den an ihrer Herstellung physisch nicht Beteiligten wirkt, wenn die Erklärung von einem selbständig Handelnden unter dem Namen des physisch an der Urkundenherstellung nicht Beteiligten abgegeben wird, der Handelnde sich also für einen anderen ausgibt (sog. Handeln unter fremdem Namen). Entsprechend der oben unter II durchgeführten Gliederung sollen auch hier zunächst die Voraussetzungen untersucht werden, die gegeben sein müssen, damit eine mündlich unter fremdem Namen abgegebene Erklärung für den Namensträger wirkt. Zunächst sei aber noch geklärt, was unter einem Handeln unter fremdem Namen zu verstehen ist und wie es sich insbesondere von dem Handeln in fremdem Namen unterscheidet.

1. Der Begriff des Handelns unter fremdem Namen

Vom Handeln in fremdem Namen unterscheidet sich das Handeln unter fremdem Namen dadurch, dass der Handelnde ein Rechtsgeschäft unter einer ihm nicht zukommenden Namensbezeichnung abschliesst. Der Handelnde muss sich selbst für den Träger der Identitätsbezeichnung ausgeben, ohne dass aus den Umständen ersichtlich ist, dass dieser eine von ihm verschiedene Person ist. (A schliesst mit B ein Rechtsgeschäft ab und lässt diesen dabei im Glauben, er sei C).

Der dem Handelnden nach bürgerlichem Recht zukommende Name ist dabei kein absolut zuverlässiges Kriterium, ob ein Handeln unter fremdem Namen vorliegt; denn auch ein Name, der einer Person nach den entsprechenden gesetzlichen Vorschriften nicht zusteht, kann geeignet sein, diese Person einwandfrei zu bezeichnen 1) 2). Es wäre daher richtiger, von einer dem Handelnden nicht zukommenden Identitätsbezeichnung zu sprechen; denn die Bezeichnung "fremder Name" oder "falscher Name" verleitet leicht dazu, dass darauf abgestellt wird, ob der Handelnde einen ihm nach bürgerlichem Recht nicht zukommenden Namen gewählt hat, während es tatsächlich darauf ankommt, dass die von ihm gewählte Bezeichnung geeignet ist, ihn zu identifizieren. (In der Regel wird allerdings ein nach bürgerlichem Recht "falscher Name" auch eine unrichtige Identitätsbezeichnung enthalten.)

1) vgl. die Fälle, dass jemand unter falschem Namen lebt oder dass ein Bauer, der im Dorfe nach seinem Hofe genannt zu werden pflegt, unter diesem Namen auftritt.

2) vgl. PAGEL, S. 230 ("relativ richtiger Name"); HINKE, S. 23

Da man sich jedoch allgemein über die Bedeutung des termini "Handeln unter falschem Namen" bzw. "Handeln unter fremdem Namen" im Sinne der obigen Ausführungen einig ist 1) und daher Zweifel in dieser Richtung nicht entstehen können, sei aus rein praktischen Gründen die bisherige Bezeichnung beibehalten.

2. Die Voraussetzungen, unter denen eine unter fremdem Namen abgegebene Erklärung im mündlichen Verkehr für den Namensträger wirkt

a) Handeln unter fremdem Namen und seine bisherige Behandlung

aa) Die Nichtigkeitstheorie:

aaa) Die ältere Auffassung vom Handeln unter fremdem Namen ging grundsätzlich von der Nichtigkeit des von dem unter fremdem Namen Handelnden vorgenommenen Rechtsgeschäfts aus (sog. Nichtigkeitstheorie).

So hält die 25. - 29. Auflage des Lehrbuchs von Enneccerus 2) die Erklärung dessen, der sich beim Abschluss eines Rechtsgeschäfts für einen bestimmten anderen ausgibt, wegen inneren Widerspruchs für nichtig. Für die Nichtigkeit auch schon Hupka 3), der annimmt, beim Handeln unter fremdem Namen liege eine gefälschte Erklärung vor, die "absolut nichtig" sei. Für Nichtigkeit auch Planck 4) ohne Begründung. Die 11. Auflage des Reichsgerichtsrätekommmentars 5) beschränkt sich auf den Hinweis, dass § 179 BGB nicht anwendbar ist, wenn jemand für einen anderen handelt, als den er sich selbst fälschlich ausgibt. Von der Nichtigkeit der Erklärung geht auch Riezler 6) aus, indem er die Erklärung beim Handeln unter fremdem Namen für nicht genehmigungsfähig hält. Als Handeln unter fremdem Namen bezeichnet er dabei den Fall, dass jemand einen Vertrag schließt, indem er sich den Namen eines anderen zulegt in der Absicht (!), mit diesem anderen für identisch gehalten zu werden. Riezler weicht auch insofern

1) vgl. LETZGUS, S. 31; PAGEL spricht zwar in allen Fällen, bei denen nicht der bürgerliche Name verwendet wurde, vom Handeln unter falschem Namen (S. 229), er scheidet jedoch die hier in Frage stehenden Fälle aus seinem Fälschungsbegriff aus und stellt sie damit den Fällen, in denen jemand seinen bürgerlichen Namen verwendet, gleich (vgl. unten S. 56). Auch HINKE, S. 23 stellt die in Frage stehenden Fälle dem Falle gleich, in dem sich jemand seines richtigen bürgerlichen Namens bedient. Vgl. auch ZELLERHOFF, S. 3 f. unten; ferner OHR, S. 216.

2) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, 25. - 29. Aufl., (1926), S. 457 Anm. 1

3) HUPKA, S. 111 ff.

4) PLANCK § 179 Anm. 6b

5) RGR § 179 Anm. 9

6) STAUDINGER-RIEZLER, 10. Auflage, § 179 Anm. 3b

von der Nichtigkeitstheorie ab, als er unter fremdem Namen vorgenommene Verfügungen für genehmigungsfähig hält, also damit nicht als nichtig ansieht. Auch nimmt er dann, wenn die Identität der Person für das Geschäft gleichgültig ist, ein Eigengeschäft des Handelnden an 1). Ein Eigengeschäft bejaht er auch für den Fall, dass jemand ein Eigengeschäft für sich abschliessen will, dies auch zu erkennen gibt, dabei sich aber aus irgendeinem Grunde einen falschen Namen beilegt 1) 2). Damit wird aber entscheidend auf den inneren Willen abgestellt; denn beim Handeln unter fremdem Namen erscheint es ja objektiv stets so, dass der Handelnde für sich abschliessen will.

Ähnlich wie Riezler unterscheidet auch Oertmann 3) zwischen dem Fall, in dem sich jemand eines falschen Namens bedient und dem Fall, in dem jemand so tut, als ob sein Handeln das eines bestimmten anderen sei. In diesem Falle nimmt Oertmann im Interesse der Gegenpartei an, dass der Träger des Namens - Vollmacht bzw. Genehmigung vorausgesetzt - aus dem Vertrage berechtigt und verpflichtet wird.

Der Nichtigkeitstheorie folgt im Ergebnis auch eine gemeinrechtliche Entscheidung des Reichsgerichts 4), die eine Verpflichtung des unter fremdem Namen Erklärenden sowohl aus dem Gesichtspunkt eines von ihm abgeschlossenen Eigengeschäfts wie auch eine entsprechende Anwendung der Regeln über die Haftung eines Vertreters ohne Vertretungsmacht ablehnt.

bbb) Die Auffassung Pagels insbesondere: Pagel untersucht in seiner Abhandlung in Gruchots Beiträgen 5) den Begriff der Fälschung einer Erklärung. Er kommt nach eingehenden Untersuchungen zu dem Ergebnis, dass eine Fälschung vorliege, wenn der Handelnde sich der Identitätsnegation bewusst sei, was der Fall sei, wenn er das Bewusstsein habe, den Begriff einer von ihm verschiedenen Persönlichkeit einzuführen 6). Der Handelnde müsse sich bewusst sein, dass mit dem durch die gewählte Bezeichnung wiedergegebenen Begriffe der einer bestimmten von ihm verschiedenen Persönlichkeit verbunden werde 7).

Pagel will damit gewisse Fälle aus dem Begriff der Fälschung ausscheiden, bei denen der Erklärende einen ihm nach bürgerlichem Recht nicht zukommenden Namen wählt. (Jemand lebt ständig unter falschem Namen und schliesst unter diesem Rechtsgeschäfte ab; jemand reist inkognito; jemand deponiert unter falschem

1) Insoweit abweichend von den Voraufagen.

2) Vgl. die Kritik bei OHR, S. 218

3) OERTMANN § 179 Anm. 5c; ausführlich in ZBH 1926, S. 302

4) RGZ 38, 178

5) PAGEL, Gruch. Beitr. 53, S. 229 ff.

6) PAGEL, S. 263

7) PAGEL, S. 266

Namen eine Sache und unterzeichnet die Rückgabequittung mit dem falschen Namen; ein Reisender lässt sich unter falschem Namen anstellen und quittiert Provisionsquittungen mit diesem) 1). Während andererseits Fälle, bei denen der Erklärende seinen ihm nach bürgerlichem Recht zustehenden Namen verwendet, unter den Fälschungsbegriff fallen können 2).

Sofern das Handeln unter fremdem Namen demnach eine Fälschung darstellt, liegt nach Pagel kein Rechtsgeschäft vor; denn das gefälschte Rechtsgeschäft ist nach seiner Ansicht keines. Dies folgert Pagel aus dem Umstand, dass beim gefälschten Rechtsgeschäft eine bestimmte, von der vorgenommenen Handlung verschiedene Handlung dargestellt wird. Im einzelnen führt Pagel 3) aus: "Der Erklärende begeht damit einen logischen Widerspruch...., zu behaupten, dass er mit seinem eigenen Ich nicht identisch sei, da er doch leugnet, der Erklärende, der er doch in Wirklichkeit ist, also sein eigenes Ich zu sein" 4).

Der Vollständigkeit halber sei noch darauf hingewiesen, dass nach Pagel keine Nichtigkeit der Willenserklärung anzunehmen ist, wenn die Falschbezeichnung ausserhalb des Zusammenhangs des Rechtsgeschäfts gemacht wird und dabei nicht zum Inhalt der Erklärung gehört 5). Pagel weist jedoch darauf hin, dass die Identitätsbezeichnung bei mit falschem Namen unterzeichneten Urkunden stets wesentlich ist. Er nimmt also bei schriftlichen Erklärungen, sofern sein oben aufgezeigter Fälschungsbegriff zutrifft, bei Handeln unter fremdem Namen stets die Nichtigkeit der Willenserklärung an 6).

bb) Die älteren, sich gegen die Nichtigkeitstheorie wendenden Ansichten.

aaa) Gegen die Nichtigkeitstheorie stellt sich bereits v. Tuhr 7).

bbb) Eine völlige Gleichstellung des Handeln unter fremdem Namen mit dem Handeln in fremdem Namen, soweit es den schriftlichen Verkehr betrifft, vertritt Mansfeld 8). Er geht hierbei davon aus, dass durch die Reichsgerichtsentscheidung in RGZ 74, 69 für den schriftlichen Verkehr die Unterscheidung zwischen Handeln in fremdem und unter fremdem Namen aufgehoben worden sei. Mag die von Mans-

1) PAGEL, S. 250 ff.

2) PAGEL, S. 250 - 254

3) PAGEL, S. 241

4) Pagel übersieht dabei, dass die Erklärung nur vom Standpunkt des Erklärenden aus sich selbst widerspricht, nicht aber vom Standpunkt des Gegners aus. Hier- auf hat auch LETZGUS, S. 19 mit Recht hingewiesen. Vgl. auch HINKE, S. 30, 33; MENDEL, S. 37; HESS, S. 28; ZELLERHOF, S. 10 ff.; SCHUMANN, S. 38.

5) PAGEL, S. 233

6) PAGEL, S. 233

7) v. TUHR, S. 345

8) MANSFELD, LZ 1914, Sp. 804

feld vertretene Ansicht in ihrem Ergebnis meist zutreffen 1), so ist doch ihre Herleitung aus der erwähnten RG-Entscheidung nicht zu billigen. Die Entscheidung befasst sich nämlich lediglich mit der Frage, ob im Falle vorgeschriebener Schriftform § 126 BGB erfüllt ist, wenn der Vertreter nur mit dem Namen des Vertretenen unterzeichnet. Eine völlige Gleichstellung des Handelns unter fremdem Namen mit dem Handeln in fremdem Namen, soweit es den schriftlichen Verkehr betrifft, geht daraus nicht hervor. Dies folgt eindeutig aus der Entscheidung in RGZ 50, 51, die das Reichsgericht in RGZ 74, 69 in vollem Umfange billigt und als Vorgängerin hinsichtlich der von ihr vertretenen Auffassung ansieht. In RGZ 50, 51 wird nämlich deutlich ein Handeln in fremdem Namen auch im Falle des schriftlichen Verkehrs verlangt; lediglich für die Unterzeichnung eines Schriftstücks sollte nach der Entscheidung die Benutzung des Namens des Vertretenen auch im Falle der gesetzlich vorgeschriebenen Schriftform genügen. Gegen die Heranziehung von RG 74, 69 durch Mansfeld wenden sich vor allem auch Hinke 2), Zellerhof 3) und Schumann 4). Vergleiche auch Fuhrmann 5), der sich ebenfalls dagegen wendet, dass RGZ 74, 69 für das Problem des Handelns unter fremdem Namen herangezogen wird.

Aus denselben Gründen wie die Ausführungen Mansfelds müssen auch die Darlegungen Oertmanns 6) und Timckes 7) abgelehnt werden, die ebenfalls den § 126 BGB und dessen von der h. M. vertretene Auslegung als Begründung für eine gewisse Gleichstellung des Handelns unter fremdem Namen mit dem Handeln in fremdem Namen anführen.

Dieselbe falsche Interpretation der Entscheidung in RGZ 74, 69 liefern die Ausführungen Franks 8).

ccc) Die erste ausführliche Stellungnahme gegen die Nichtigkeitstheorie findet sich bei Letzgus 9). Er folgert dies: Ob die "Namenspartei" oder die "Abschlusspartei" als Partei des Rechtsgeschäfts erscheint, ergibt sich aus dem Parteiinteresse und der Art des Geschäfts 10). Bei Verfügungen hält Letzgus grundsätzlich die Ab-

1) vgl. dazu unten S. 61ff.

2) HINKE, S. 80 ff. mit denselben Argumenten wie hier

3) ZELLERHOF, S. 16

4) SCHUMANN, S. 42

5) FUHRMANN, S. 18

6) OERTMANN, ZBH, S. 305

7) TIMCKE, S. 94

8) vgl. oben S. 52 f.

9) vgl. LETZGUS, Die Pseudopartei im rechtsgeschäftlichen Verkehr, AcP 126, S. 27 ff.; und Zum Handeln unter falschem Namen AcP 137, S. 327 ff.

10) LETZGUS, S. 33

schlusspartei für wesentlich, da die Bedeutung der Verfügung weniger auf den an ihr beteiligten Personen, sondern mehr auf ihrem wirtschaftlichen Eigenwert beruhe 1). Demgemäss hält Letzgus bei Verfügungen unter fremdem Namen den Handelnden grundsätzlich für die Partei. Bei Verpflichtungsgeschäften geht Letzgus grundsätzlich 2) davon aus, dass nicht das Geschäft an sich, sondern die Person des Geschäftsgegners die Hauptsache ist. Letzgus führt aus, dass es dem Interesse des Vertragsgegners entspreche, wenn das Geschäft mit der Namenspartei zustande komme 3). Diese Wirkung sei aber nur zu erreichen, wenn man den unter fremdem Namen Handelnden als Vertreter und den Namensträger als Vertretenen auffasst.

Letzgus weist darauf hin, dass die Nichtigkeitstheorie die Interessen der Gegenpartei nicht genügend berücksichtige 4) und führt dann die Behandlung der Fälle des "Geschäftsabschlusses für das Unternehmen" für die von ihm vertretene Gleichstellung des Handelns unter fremdem Namen mit dem Handeln im fremden Namen an 5).

Die Rechtswirkungen für und gegen die Namenspartei treten nach Letzgus dann nach Massgabe einer Vollmacht (§ 164 BGB) bzw. einer Genehmigung (§ 177 BGB) ein 6).

Diese grundsätzliche Gleichstellung des Handelns unter fremdem Namen mit dem Handeln in fremdem Namen schränkt Letzgus später selbst etwas ein 7).

ddd) Gegen die Nichtigkeitstheorie wendet sich auch Hinke 8). Während jedoch Letzgus grundsätzlich den Namensträger als Partei des Rechtsgeschäfts ansieht,

1) vgl. im einzelnen LETZGUS, S. 33

2) vgl. die Ausnahme auf S. 33. Es handelt sich dabei um Verpflichtungsgeschäfte, bei denen es auf die Person des Verpflichteten nicht ankommt.

3) vgl. LETZGUS, S. 36

Unrichtig ist es, wenn Schumann, S. 42, auf S. 62 ff. der Ausführungen Letzgus' verweisend, annimmt, Letzgus würde für seine Ansicht ähnlich wie Mansfeld (s. o. S. 75 f.) § 126 BGB und dessen von der h. M. vertretene Auslegung heranziehen. Schumann übersieht, dass Letzgus an dieser Stelle (S. 62 ff.) nur sagen will, dass § 126 BGB und die von der h. M. vertretene Auslegung auch für das Handeln unter fremdem Namen gilt, das nach seiner (Letzgus') Ansicht auf Grund der oben im Text wiedergegebenen Überlegungen grundsätzlich dem Handeln in fremdem Namen gleichsteht.

4) LETZGUS, S. 42 ff.

5) vgl. oben S. 58 f.

6) LETZGUS, S. 54

7) LETZGUS, AcP 137, 327 ff.

8) HINKE, a. a. O.

kommt Hinke zu dem Ergebnis, dass der unter falschem Namen Handelnde Partei des Rechtsgeschäfts wird. Hinke untersucht dabei zunächst den Fall des Handelns unter fremdem Namen unter Anwesenden. Er führt aus, dass der Erklärende durch die Körperlichkeit immer individualisiert sei 1). Es liege vom Standpunkt des schutzwürdigen Gegners auch objektiv eine Erklärung des unter falschem Namen Handelnden vor. Die Bestimmung des Vertragsgegners wird somit nach Hinke bei den Fällen des Handelns unter Anwesenden grundsätzlich 2) auf Grund der körperlichen Anwesenheit vorgenommen. Aber auch bei schriftlichen Erklärungen unter Abwesenden nimmt Hinke grundsätzlich an, dass ein Vertrag zwischen dem, der unter falschem Namen handelt, und seinem Kontrahenten zustandekommt 3).

Grundsätzlich einen Eigenvertrag bei Handeln unter fremdem Namen nimmt auch Lehmann 4) an. Er macht jedoch die Einschränkung, dass der Namensträger in entsprechender Anwendung des § 177 BGB genehmigen könne, wenn der Handelnde sich den fremden Namen beilegt, um den Geschäftsgegner über seine Person zu täuschen und in diesem falsche Identitätsvorstellungen erweckt. Er nähert sich damit insoweit der von Nipperdey vertretenen und hier gebilligten 5) Identitätstäuschungstheorie.

Die Ansicht, dass beim Handeln unter fremdem Namen grundsätzlich ein Eigenvertrag mit dem Handelnden zustandekommt, vertritt auch Larenz 6). Er macht jedoch zwei Einschränkungen 7): Ein anderes Ergebnis könne sich einmal auf dem Grundsatz der falsa demonstratio non nocet, zum anderen aber auch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergeben.

eee) Teilweise wurde in den Fällen des Handelns unter fremdem Namen ein Eigenvertrag mit dem Handelnden aus § 164 Abs. II BGB hergeleitet 8).

Dem muss jedoch entgegengehalten werden, dass ein mangelhaftes Handeln in fremdem Namen, wie es § 164 Abs. II BGB voraussetzt, ein Handeln im eigenem Namen und nicht ein Handeln unter fremdem Namen darstellt 9).

1) HINKE, S. 34

2) Über Ausnahmen vgl. HINKE, S. 47

3) HINKE, S. 52 ff.

4) LEHMANN AT, S. 292

5) vgl. unten S. 63 ff.

6) LARENZ, S. 234 ff.

7) vgl. LARENZ, S. 252

8) vgl. RGZ 95, 188; vgl. auch LARENZ, S. 241; ferner BOCK, S. 54; SCHEIBER, S. 53; TIMPE, S. 37; WALDEYER, S. 44 f. (ausführlich); HOPFENSBERGER, S. 30/31

9) LETZGUS, S. 52. Gegen die Heranziehung des § 164 Abs. II BGB auch OERTMANN ZBH, S. 302; MENDEL, S. 17; SCHUMANN, S. 40; vgl. auch HINKE, S. 74, 99, der den Rechtsgedanken des § 164 Abs. II BGB für seine Eigenvertragstheorie heranzieht.

fff) Eine gewisse Abweichung von der Nichtigkeitstheorie lässt sich auch bei der Frage der Genehmigungsmöglichkeit von Unterschriften beobachten. Eine weit verbreitete Meinung vertrat nämlich in diesem Zusammenhang schon seit längerer Zeit die Ansicht, dass eine unter falschem Namen abgegebene Unterschrift (gefälschte Unterschrift) genehmigungsfähig sei 1), eine Auffassung also, die insoweit jedenfalls von einem der Nichtigkeitstheorie entgegengesetzten Standpunkt ausgeht; denn eine nichtige Erklärung könnte ja eigentlich nicht genehmigt werden.

b) Die moderne Behandlung des Handelns unter fremdem Namen

aa) Die Ansicht Ohrs. Eine im Ergebnis zwischen den Auffassungen Letzgus²⁾ und Hinkes vermittelnde Ansicht vertritt Ohr 2).

Ohr löst die Problematik über die Auslegung der Parteierklärung. Es soll darauf ankommen, wie diese dem Kontrahenten unter Berücksichtigung von Treu und Glauben erscheinen muss. Ohr unterscheidet dabei zwischen Geschäften unter Anwesenden und Geschäften unter Abwesenden.

Unter Anwesenden erscheine dem Gegner die Erklärung des unter fremdem Namen Handelnden in der Regel als auf Eigenwirkung gerichtete Erklärung des Erschienenen und es entstehe ein Vertrag mit diesem 3). Mögen sich auch mit der Person des Namensträgers gewisse Eigenschaften verbinden (wie etwa Kreditwürdigkeit), so erscheine dem Erklärungsgegner in der Regel doch nicht der Namensträger als Erklärender, es entstehe bei ihm lediglich eine Eigenschafts- und keine Identitätstäuschung 4). Eine Ausnahme bestehe dann, wenn die scheinbare Eigenschaft des Fälschers für die wirtschaftliche Betrachtung des Gegners die Bedeutung eines selbständigen Rechtsträgers erlange 5). In diesen Fällen erscheine

1) vgl. RGZ 145, 87 (97) für gefälschte Wechselunterschriften, sich anschliessend BGH JZ 1951, S. 783. Für die ältere Literatur und Rechtsprechung: MANSFELD LZ 1914, Sp. 801; HESS LZ 1933, S. 822; SCHUMANN, S. 41 ff.; REICHEL, S. 146; OLG Kiel Rspr. 10, 398; OLG München Rspr. 32, 361.

2) vgl. OHR a. a. O.

3) OHR nimmt jedoch auch dann - Vollmacht bzw. Genehmigung vorausgesetzt -, wenn die Auslegung einen Eigenvertrag mit dem Handelnden ergibt, u. U. einen Vertrag mit dem Namensträger an. So, wenn der Handelnde den Namensträger vertreten wollte und der Vertragsgegner den Vertrag wegen der Kreditunterlage des Namensträgers abschloss (die Person des Vertragspartners wird sozusagen durch die Innehabung einer bestimmten Kreditunterlage individualisiert) oder an der Richtung des Vertrages objektiv kein Interesse hat (Geschäft, den es angeht). Vgl. im einzelnen Ohr, S. 230 und S. 234 ff.

4) OHR, S. 227 f.

5) OHR, S. 228

die Erklärung als solche des Namensträgers 1). Ohr gelangt unter entsprechender Anwendung der Regeln über die Stellvertretung bei rechtsgültiger Vollmacht bzw. Genehmigung zu einem den Namensträger bindenden Vertrag 2).

Zu den zuletzt erwähnten Fällen zählt Ohr auch die Fälle des Geschäftsabschlusses mit den Unternehmen 3) 4).

Bei Geschäften unter Abwesenden kehrt sich nach Ohr das Verhältnis um. Es entstehe unter entsprechender Anwendung der Grundsätze für die Stellvertretung 5) in der Regel - Vollmacht oder Genehmigung vorausgesetzt - beim Handeln unter fremdem Namen ein Vertrag mit dem Namensträger; denn hier würden an Stelle der Person in der Regel die Angaben des Fälschers über Name und Adresse entscheidende Bedeutung gewinnen und die Erklärung erscheine als solche des Namensträgers 6). Die Abschlussparteien seien sich über die Wirkungsparteien eins.

Aber auch beim Geschäft unter Abwesenden könne die Handlung für die Parteistellung entscheidend sein und demgemäss die Erklärung als solche des Handelnden erscheinen 7). Der Gegner irre sich dann, wenn überhaupt, nur über die Eigenschaften des Handelnden. Jedoch sind diese Fälle, wie Ohr bemerkt, selten. Ohr führt als Beispiel den Fall an, dass der Vertragsgegner erkennt, dass er es nicht mit dem Namensträger zu tun hat 8).

Der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, dass Ohr bei seinen Untersuchungen zwischen Verfügungsgeschäften und Verpflichtungsgeschäften grundsätzlich keinen Unterschied macht. Er hält jedoch die Verfügungsgeschäfte unter Heranziehung des § 185 BGB auch in den Fällen für genehmigungsfähig, in denen die Auslegung eine Eigenerklärung des Handelnden ergibt 9).

Die Auffassung Ohrs verdient grundsätzlich Zustimmung. Sie allein stellt entsprechend dem anerkannten Auslegungsgrundsatz 10) darauf ab, wie der Gegner die Erklärung bei verständiger Würdigung des Sachverhalts auffassen durfte, und hat erkannt, dass hierfür bedeutsam ist, ob ein Geschäft unter Abwesenden oder Anwesenden abgeschlossen wurde.

Demgegenüber stellte Letzguß einseitig auf den Namen ab, ohne die - ent-

1) OHR, S. 228

2) OHR, S. 234

3) OHR, S. 228

4) Über den "Geschäftsabschluss mit dem Unternehmen" vgl. oben S. 51

5) vgl. die Begründung für die entsprechende Anwendung OHR, S. 232 ff.

6) OHR, S. 229

7) OHR, S. 230

8) OHR, S. 230

9) vgl. OHR, S. 238/239

10) STAUDINGER-COING § 133 Anm. II 2c mit Nachweisen; RGR § 133 Anm. 13; ENNECCERUS-NIPPERDEY AT, S. 897.

sprechend den dem Gegner jeweils bekannten Umständen - verschiedene Sachlage bei Geschäften unter Abwesenden und unter Anwesenden zu berücksichtigen. Den entsprechenden Fehler macht auch Hinke, allerdings in anderer Richtung, indem er einseitig auf die Person des Erklärenden abstellte.

bb) Die heute in der zivilrechtlichen Literatur überwiegende 'Identitätstäuschungstheorie'.

Die Gedanken Ohrs übernimmt Nipperdey 1), der sie in eine praktikablere Formel fasst.

Nipperdey stellt entsprechend dem von Ohr richtig herausgearbeiteten Ausgangspunkt der Massgeblichkeit der dem Gegner erkennbaren Umstände darauf ab, ob bei diesem eine Identitätstäuschung erweckt worden ist und entscheidet danach, ob ein Vertrag mit dem Handelnden oder der Namenspartei zustandekommt. Auch nach Nipperdey kommt damit beim Geschäft unter Anwesenden in der Regel ein Eigengeschäft des Handelnden zustande, da hier die Person des Vertragschliessenden durch die körperliche Anwesenheit bestimmt wird und falsche Identitätsvorstellungen nicht erweckt werden. Dasselbe gilt für das Geschäft unter Abwesenden, wenn dem Geschäftsgegner der Name des Handelnden gleichgültig ist. In allen anderen Fällen wird beim Geschäft unter Abwesenden regelmässig beim Geschäftsgegner auf Grund des falschen Namens eine falsche Identitätsvorstellung hervorgerufen werden; denn der Geschäftsgegner steht ja dem tatsächlich Erklärenden nicht persönlich gegenüber und muss daher den von diesem verschiedenen Namensträger für den Erklärenden halten. Es kommt dann unter der auch von Nipperdey vertretenen entsprechenden Heranziehung der Regeln für die Stellvertretung 2) - Vollmacht bzw. Genehmigung vorausgesetzt - zu einem Vertrag mit dem Namensträger.

Die Ansicht Nipperdeys verdient aus denselben Gründen Zustimmung wie diejenige Ohrs, von der sie sich sachlich nicht unterscheidet. Die Ansicht Nipperdeys wurde auch im Schrifttum gebilligt 3).

1) ENNECCERUS-NIPPERDEY (14. Aufl.) AT (2. HB), S. 791 f.; ebenso ENNECCERUS-NIPPERDEY (15. Aufl.) AT (2. HB), S. 1127

2) Nipperdey rechtfertigt die Anwendung der Regeln für das Handeln in fremdem Namen auf das Handeln unter fremdem Namen mit dem a fortiori-Grundsatz.

3) vgl. STAUDINGER-COING § 179 Anm. 5; SOERGEL-SCHULTZE-v. LASAULX § 164 Anm. 17; ERMAN-BÖHLE-STAMMSCHRÄDER § 164 Anm. 21, wo allerdings noch darauf abgestellt wird, ob eine Identitätstäuschung bezweckt ist. Ähnlich wie der zuletzt erwähnte Kommentar wohl auch LEHMANN AT, S. 292, allerdings grundsätzlich von der Eigenvertragstheorie ausgehend (vgl. oben S. 60).

c) Zusammenfassende Darstellung der für das Handeln unter fremdem Namen gefundenen Lösung

Das Ergebnis der obigen Ausführungen kann somit in folgenden Grundsätzen für das Handeln unter fremdem Namen zusammengefasst werden:

Handelt jemand unter einer ihm nicht zukommenden Identitätsbezeichnung, so kommt, wenn die von ihm abgegebene Erklärung bei dem Erklärungsgegner eine Identitätstäuschung hervorruft, - Vollmacht bzw. Genehmigung vorausgesetzt - ein Rechtsgeschäft mit dem Träger der Identitätsbezeichnung (dem Namensträger) zustande. Wird keine Identitätstäuschung erweckt, kommt das Rechtsgeschäft mit dem Handelnden zustande.

3. Das Handeln unter fremdem Namen im schriftlichen Verkehr

Das für das Handeln unter fremdem Namen im mündlichen Verkehr gefundene Ergebnis findet grundsätzlich auch im schriftlichen Verkehr Anwendung. Es sind nämlich keine Gesichtspunkte ersichtlich, die eine von den oben dargelegten Grundsätzen abweichende Entscheidung rechtfertigen, wenn die unter fremdem Namen abgegebene Erklärung in schriftliche Form gekleidet ist. Insbesondere ist auch im Falle des Handels unter fremdem Namen bei vorgeschriebener Schriftform § 126 BGB nicht verletzt, wenn der unter fremdem Namen Handelnde die von ihm abgegebene, schriftlich verkörperte Erklärung mit dem Namen des "Vertretenen" unterschreibt, weil ein Unterzeichnen mit dem Namen des Vertretenen beim Handeln in fremdem Namen § 126 BGB nicht entgegensteht und das Handeln unter fremdem Namen, sofern es für den Namensträger wirksam ist, dem Handeln in fremdem Namen gleichsteht 1).

IV. DIE BLANKETTAUSFÜLLUNG

Der vierte der hier erörterten Wege, über die ein Gelten einer in einer Urkunde enthaltenen Erklärung für eine an ihrer Herstellung nicht oder doch nicht in vollem Umfange beteiligte Person erreicht werden kann, führt über die Blankettausfüllung.

1. Der Begriff des Blanketts

Unter einem Blankett versteht man "ein mit einer Namensunterschrift, eventuell ausserdem mit einem lückenhaften Text versehenes Papier, das nach dem Willen

1) vgl. auch OHR, S.230: Die für das Handeln unter fremdem Namen gefundenen Ergebnisse werden durch die gesetzlich vorgeschriebene Schriftform nicht beeinträchtigt.

des Namenszeichners (des Ausstellers) von einem Dritten zu einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung ergänzt werden soll." 1)

2. Die Voraussetzungen wirksamer Blankettausfüllung

Entspricht die Ausfüllung des Blanketts den Anordnungen des Namenszeichners, so gilt die in der Urkunde enthaltene Erklärung grundsätzlich für diesen. Dies wird allgemein anerkannt 2); umstritten ist lediglich die rechtliche Konstruktion dieses Ergebnisses 3).

3. Die Folgen missbräuchlicher Blankettausfüllung

Sehr häufig hat sich das Schrifttum und die Rechtsprechung mit der Frage befasst, welche Folgen es hat, wenn der Blankettausfüller dem Auftrag des Namenszeichners zuwiderhandelt.

Soweit es sich bei dem Blankett um ein Wechsel- oder Scheckblankett handelt, bringt hierfür das Gesetz unmittelbar selbst die Lösung in Art. 10 WG, Art. 13 SchG. Im übrigen ist jedoch umstritten, welche Wirkung ein abredewidrig ausgefülltes Blankett mit sich bringt. Grundsätzlich wird eine Rechtsscheinhaftung des Blankettgebers vertreten 4), die mit sich bringt, dass der Namenszeichner gutgläubigen Dritten gegenüber haftet. Zu der Rechtsscheinhaftung kommt man dabei entweder über eine analoge Anwendung der §§ 171, 172 BGB 5) oder eine entsprechende Heranziehung der Art. 10 WG, 13 SchG. 6) Umstritten ist, ob und

1) So FELDMANN, S. 9; ähnlich SIEGEL, S. 3; WÄCHTER, S. 14; ZWIRNER, S. 16; VOSS, S. 412; und andere.

2) Umstritten ist lediglich, ob eine aus einem Blankett hervorgegangene Urkunde den Erfordernissen des § 126 BGB entspricht.

Bejahend die h. M. (vgl. ENNECERUS-NIPPERDEY (2. HB) S. 962; v. THUR II, S. 517; OERTMANN § 126 Anm. 3a) β) β); LEHMANN AT, S. 206; PLANCK § 126 Anm. 2a; RGR § 126 Anm. 6)

3) Die hierzu in neuerer Zeit vertretenen Ansichten lassen sich im wesentlichen in eine Vollmachtstheorie, eine Theorie der Schreibgehilfenschaft und eine Theorie des vollmachtähnlichen Gestaltungsrechts zusammenfassen.

Näheres über diese Theorien und über die älteren Theorien vgl. FELDMANN, S. 13 ff.

4) Gegen eine Verpflichtung des Blankettgebers überhaupt nur NISCHIK, S. 32/33; HAUSSMANN, S. 313 ff.; MÜLLER, S. 62 ff.; ZWIRNER, S. 105/106.

5) So Voss, S. 440 ff., 444 Nr. 40; BORNEMANN, S. 35 ff.; WÄCHTER, S. 44 ff.

6) FELDMANN, S. 45 ff..

inwieweit die Erklärung in einem missbräuchlich ausgefüllten Blankett anfechtbar ist 1).

Es braucht nun in der vorliegenden Arbeit keine Stellungnahme dazu abgegeben werden, welche der **aufgezeigten** Behandlungsarten des missbräuchlich ausgefüllten Blanketts richtig ist. Für die hier erfolgenden Untersuchungen genügt es nämlich, wenn festgestellt werden kann, dass die in der Urkunde enthaltene Erklärung bei missbräuchlicher Blankettausfüllung für den Namenszeichner nicht unbedingt gilt, d. h. entweder nur in anfechtbarer Weise oder nicht jedem gegenüber für ihn wirkt.

B. DIE VORAUSSETZUNGEN, UNTER DENEN NACH DEM ÖFFENTLICHEN RECHT EINE VERKÖRPERTE ERKLÄRUNG FÜR DEN NICTHERSTELLER GILT

Das öffentliche Recht beurteilt die Erklärungen, die von einem Hoheitsträger ausgehen und die Erklärungen, die von einer Privatperson ausgehen, in grundlegend verschiedener Weise.

Entsprechend dieser grundsätzlichen Verschiedenheit werden im folgenden die Voraussetzungen, unter denen nach öffentlichem Recht eine verkörperte Erklärung für den Nichthersteller gilt, für die beiden Arten von Erklärungen getrennt behandelt.

I. DIE VORAUSSETZUNGEN, UNTER DENEN NACH DEM ÖFFENTLICHEN RECHT EINE VON EINER PRIVATPERSON AUSGEHENDE ERKLÄRUNG FÜR DEN NICTHERSTELLER GILT

1. Die nach öffentlichem Recht zu beurteilenden Erklärungen Privater

Derartige Erklärungen kommen im gerichtlichen Verfahren oder in einem sonstigen behördlichen Verfahren vor. So beurteilen sich etwa in ihren Voraussetzungen und in ihren Wirkungen in erster Linie nach dem Prozessrecht (also öffentlichem Recht) die Klage, die Rechtsmitteleinlegung, die Rechtsmittelbegründung und sonstige in Schriftsätzen enthaltene Erklärungen. Für das sonstige behördliche Verfahren ist insbesondere der Antrag auf Erlass eines Verwaltungsakts hervorzuheben, der

- 1) Für Anfechtungsmöglichkeit gemäss § 119 oder 120 BGB ENNECCERUS-NIPPERDEY (2. HB), S. 962 unten; LEHMANN, AT, S. 206 unten, 241; v. THUR, AT II, 1, S. 415; OERTMANN § 126 Anm. 3a) β) β) β); STAUDINGER-COING § 119 Anm. 12; PLANCK § 119 Anm. II 3.

Gegen eine Anfechtungsmöglichkeit VOSS, S. 416 ff.; BORNEMANN, S. 39/40; WÄCHTER, S. 45.

sich als Erklärung einer Privatperson in Voraussetzung und Wirkung nach öffentlichem Recht beurteilt.

2. Die Voraussetzungen, unter denen derartige Erklärungen, soweit sie verkörpert sind, für den Nichthersteller wirken

Die Voraussetzungen, unter denen eine derartige Erklärung für einen an ihrer Verkörperung physisch nicht Beteiligten wirkt, ergeben sich aus den jeweiligen gesetzlichen Regelungen. Es ist nun nicht die Aufgabe der Arbeit, hierfür einen umfassenden Überblick zu geben; es seien daher nur - nach gerichtlichem Verfahren und sonstigem behördlichem Verfahren aufgegliedert - einige wichtige Grundsätze aufgezeigt.

a) Im gerichtlichen Verfahren

Für das gerichtliche Verfahren im Zivilprozess ist eine Stellvertretung grundsätzlich möglich 1). Die dafür massgebenden Regeln werden dem bürgerlichen Recht entnommen, soweit nicht das Prozessrecht Sondervorschriften enthält 2). Damit ist auch hier eine Fremdzeichnung grundsätzlich zulässig. Eine Ausnahme besteht unter anderem für die sog. bestimmenden Schriftsätze 3) und für die eidesstattliche Versicherung. 4)

Für das Strafverfahren wurde die Zulässigkeit der Fremdzeichnung für den Strafantrag bejaht 5). Zur Unterzeichnung eines Antrages auf gerichtliche Entscheidung im Strafverfahren durch einen Bevollmächtigten vgl. das RG-Urteil vom 14.4.1932. 6)

b) Im sonstigen behördlichen Verfahren

Die rechtliche Behandlung derartiger Erklärungen richtet sich nach den entsprechend angewandten §§ 164 ff. BGB 7). Soweit sich aus den entsprechenden verwaltungsrechtlichen Vorschriften keine abweichende Regelung entnehmen lässt, richtet sich daher die Frage, inwieweit derartige "im öffentlichen Recht wurzelnde" und in einer Urkunde niedergelegte Erklärungen Privater für den an der Herstellung der Urkunde physisch nicht Beteiligten wirken, nach den oben 8) aufge-

1) vgl. ROSENBERG, S. 215 unten

2) vgl. ROSENBERG, S. 214 ff.

3) vgl. WIECZOREK § 129 Anm. II und die dort zit. RG-Entsch.

4) vgl. KEIDEL § 13 Anm. 3a) 3) und die dort zit. Entsch.

5) LÖWE-ROSENBERG § 158 Anm. 13 a. E.

6) RG 66, 209, 212

7) vgl. FORSTHOFF, S. 168

8) vgl. oben S. 45 ff.

zeigten Grundsätzen 1).

II. DIE VORAUSSETZUNGEN, UNTER DENEN NACH DEM ÖFFENTLICHEN RECHT EINE VERKÖRPERTE ERKLÄRUNG, DIE VON EINEM HOHEITSTRÄGER AUSZUGEHEN SCHEINT ODER AUSGEHT, FÜR EINEN AN DER HERSTELLUNG PHYSISCH NICHT BETEILIGTEN WIRKT

1. Arten der Erklärungen

Soweit von einem Hoheitsträger eine Erklärung ausgeht, handelt es sich entweder um einen Hoheitsakt oder um eine schlichte Verwaltungsäusserung 2).

2. Die Voraussetzungen, unter denen ein in einer Urkunde verkörperter Hoheitsakt für einen an der Herstellung physisch nicht Beteiligten wirkt

Da ein Hoheitsakt stets nur für einen Hoheitsträger, also eine juristische Person gelten kann, wird stets die Frage akut, ob der Hoheitsakt für einen anderen (nämlich einen Hoheitsträger) gilt als für den, der ihn - sei es mündlich oder schriftlich - erlassen hat; denn eine juristische Person ist ja als solche nicht handlungsfähig.

Es kann nun nicht die Aufgabe der vorliegenden Arbeit sein, im einzelnen die Voraussetzungen aufzuzeigen, die vorliegen müssen, damit ein Hoheitsakt für einen Hoheitsträger gilt, also voll wirksam ist. Hierzu sei grundsätzlich auf die entsprechende öffentlichrechtliche Literatur und Rechtsprechung verwiesen.

Behandelt sei hier nur der oft im Zusammenhang mit dem Unehtheitsbegriff erörterte Fall, dass ein Beamter einen anderen "ermächtigt", eine in seine Kompetenz einschlagende Erklärung schriftlich abzugeben 3).

1) Mit den im sonstigen behördlichen Verfahren (aussergerichtlichen Verfahren) abzugebenden Erklärungen Privater hatten sich höchstrichterliche Entscheidungen im Zusammenhang mit dem Problem der Fremdzeichnung öfters zu beschäftigen. Vgl. RG Recht 1908 Nr. 1112 (Gesuch um Befreiung von militärischer Übung); RG 43, 348 (Urlaubsgesuch eines Soldaten); RG Recht 1913 Nr. 1403, RG HHR 1934 Nr. 1079, RG 68, 240 (betreffen die in Examina abzugebenden Erklärungen); OLG Hamm NJW 1957, S. 638 (639), OLG Köln NJW 1956, S. 1604 (betreffen Wahlvorschläge); RG 76, 125 (betrifft Antrag auf Bezugscheinserteilung); OLG Oldenburg JR 1952, S. 410 (Bei Behörden eingereichter Lebenslauf).

2) vgl. dazu FORSTHOFF, S. 182

3) vgl. etwa BINDING, S. 234; LK § 267 Anm. 23 (4. Aufl.); JAGUSCH LK Bem. 7 vor § 267; SCHEIBER, S. 43; SIBURG, S. 38; TIMPE, S. 33; VOLWASSEN, S. 38; WALDEYER, S. 33; RG 4, 69 (71); RG Rspr. VII, 438 (441).

Soweit die abgegebene Erklärung einen Hoheitsakt beinhaltet, kann eine rechtliche Behandlung dieser Fälle stets nur von der Frage ausgehen, ob die Erklärung für den angegebenen Hoheitsträger wirkt; denn ein Gelten für den Beamten, der ja als solcher nur Organ ist, kommt nicht in Frage. Unrichtig ist es daher, wenn im strafrechtlichem Schrifttum das Verhältnis zwischen dem "ermächtigenden" Beamten und dem Unterzeichner in mehr oder minder engem Zusammenhang mit der zivilrechtlichen Vertretung erwähnt und behandelt wird 1).

Um nun eine nach der Frage, ob der in der Urkunde verkörperte Hoheitsakt für den angegebenen Hoheitsträger gilt, orientierte Untersuchung durchführen zu können, muss eine gewisse Differenzierung erfolgen. Es muss zwischen Fällen unterschieden werden, in denen der Beamte eine Privatperson ermächtigt 2) und Fällen, in denen er einen anderen Beamten veranlasst, mit seinem, des Veranlassenden, Namen zu unterzeichnen.

Wird eine Privatperson "ermächtigt", die völlig selbständig handeln soll, einen Hoheitsakt zu erlassen und eine Urkunde darüber mit dem Namen des "ermächtigenden" Beamten zu unterzeichnen, so liegt nicht einmal der Schein eines Hoheitsakts vor, sondern ein sog. Nichtakt vor 3). Es verstößt nämlich gegen die grundlegenden Prinzipien des öffentlichen Rechts, wenn ein Privater einen Hoheitsakt setzt. Eine andere Beurteilung greift nur dann ein, wenn der Private blosser Schreibgehilfe ist, sofern dadurch nicht der Anschein einer durch den Beamten persönlich hergestellten Unterschrift erweckt wird (denn sonst wäre die im Interesse des Rechtsschutzes zu fordernde Klarheit und Übersichtlichkeit hoheitlicher Tätigkeit beeinträchtigt) und sofern nicht zwingende Formvorschriften verletzt sind. So wird kein Bedenken gegen die Gültigkeit einer sich an mehrere Personen richtenden Anordnung bestehen, wenn diese den Betroffenen durch ein von einem privaten Druckereibetrieb hergestelltes Druckexemplar bekanntgemacht wird 4), auf dem auch der Name des den Akt erlassenden Beamten aufgedruckt ist.

Für die Fälle der zweiten Gruppe (Beamter wird ermächtigt), wird fast stets geltend gemacht, dass ein Beamter niemals seine Amtsbefugnisse auf einen anderen übertragen könne und damit die von dem anderen unterzeichnete Urkunde unecht sei 5).

1) vgl. BINDING, S. 234; JAGUSCH LK Bem. 7 vor § 267; MAURACH BT, S. 429; SIBURG, S. 38; TIMPE, S. 33; VOLWASSEN, S. 38

2) vgl. die Fälle in RG 4, 69 und RG Rspr. VII, 438

3) vgl. FORSTHOFF, S. 210. Eine Ausnahme besteht nach § 11 EheG (Abs. II)

4) vgl. dazu auch den Fall in RG 12, 17

5) RG 4, 69 (71); RG Rspr. VII, 438 (441); LK (4. Aufl.) § 267 Anm. 23; FUHRMANN, S. 25; OLSHAUSEN § 267 Anm. 26 IIa; SCHEIBER, S. 44; WALDEYER, S. 32; a. A. BINDING, S. 234, der 'Stellvertretung' zulässt; ihm folgend SCHÖNKE DStR 1943, S. 140 und FS, S. 259

Dieses Argument geht an dem gerade hier wesentlichen Gesichtspunkt vorbei. Es ist zwar richtig, dass ein Beamter nicht befugt ist, über seine Kompetenz zu verfügen 1), sofern dies ihm nicht durch Rechtssatz oder Geschäftsverteilungsplan gestattet ist. Der hier entscheidende Gesichtspunkt ist jedoch, dass in den Fällen, in denen der "Ermächtigte" auf Grund eigener Entschlussfreiheit (also nicht als Schreibgehilfe) tätig wird, schon die Unterzeichnung mit einem dem faktischen Vollzieher nicht zustehenden Namen zumindest die Aufhebbarkeit 2) des Aktes begründet 3). Es muss nämlich der Staatsbürger geschützt werden, der darauf vertraut, dass der Beamte, der nach den Umständen einen Hoheitsakt gesetzt zu haben scheint, diesen auch wirklich erlassen hat. Dies verlangt die im Interesse des Rechtsschutzes zu fordernde Klarheit, Übersichtlichkeit und Nachprüfbarkeit jeder hoheitlichen Tätigkeit.

Eine andere Situation entsteht nur dann, wenn der "ermächtigte" Beamte lediglich als Schreibgehilfe fungiert (Schreibkraft einer Behörde etc.), sofern nicht der Anschein einer persönlichen Vollziehung durch den "ermächtigenden" Beamten erweckt wird (denn hier erscheint das Vertrauen der Allgemeinheit gefährdet) und sofern nicht zwingende Formvorschriften verletzt sind.

Aus dem Angeführten ergibt sich damit, dass in dem Falle, in dem ein Beamter einen anderen selbständig handelnden Beamten "ermächtigt", eine in seine, des "Ermächtigenden", Zuständigkeit fallende Erklärung abzugeben und mit seinem, des "Ermächtigenden", Namen zu unterschreiben, der Hoheitsakt jedenfalls widerruflich ist, da er fehlerhaft ist 4), und damit für den angegebenen Hoheitsträger nicht unbedingt gilt.

Der Umstand, dass der "ermächtigte Beamte" weder allgemein noch auf Grund gestatteter Delegation zuständig ist, könnte demgegenüber höchstens noch die Nichtigkeit bedingen. Jedenfalls steht aber fest, dass seine Zuständigkeit in den Fällen der Ermächtigung zur Fremdzeichnung die Aufhebbarkeit und damit auch die Widerruflichkeit des Akts nicht ausschliesst.

Bisher wurde die Frage der Fremdzeichnung lediglich bei Hoheitsakten generell behandelt. Eine von den oben entwickelten Grundsätzen im allgemeinen allerdings nicht grundlegend abweichende Sonderregelung besteht für gerichtliche Entscheidungen 5), so dass die oben dargelegten Regeln in erster Linie für Verwaltungsakte gelten.

1) vgl. JELLINEK, S. 270

2) vgl. FORSTHOFF, S. 206 ff.

3) Dass gerade die Verwendung eines fremden Namens durch den erlassenden Beamten nicht angeht, vertreten auch RG 75, 214; FUHRMANN, S. 26; SCHEIBER, S. 44; SIBURG, S. 38 und WALDEYER, S. 32

4) vgl. FORSTHOFF, S. 239 ff.

5) vgl. etwa § 315 ZPO und § 275 StPO

Für Urteile im Zivilprozess ergibt § 315 ZPO, dass nur die Richter, die an der Entscheidung mitgewirkt haben, unterschreiben dürfen 1). Unterschreibt ein anderer Richter, so ist § 309 ZPO verletzt und es liegt ein absoluter Revisions- und Nichtigkeitsgrund vor 2), das Urteil wirkt also für den Hoheitsträger nicht unbedingt. Dasselbe dürfte gelten, wenn ein Richter an dem Urteil zwar mitgewirkt hat, jedoch mit dem Namen eines anderen Mitwirkenden unterzeichnet, also nicht von der durch § 315 Abs. I Satz 2 gegebenen Möglichkeit der Beifügung eines Verhinderungsvermerks Gebrauch gemacht wird.

Anders ist die Lage im Strafprozess. Dort bildet die Unterschrift eines nicht mitwirkenden Richters keinen Revisionsgrund 3).

3. Die Voraussetzungen, unter denen eine in einer Urkunde verkörperte schlichte Verwaltungsäusserung für einen an der Herstellung physisch nicht Beteiligten wirkt

Für eine schlichte Verwaltungsäusserung gelten die oben unter 2. gemachten Ausführungen entsprechend. Da eine schlichte Verwaltungsäusserung nicht aufhebbar im oben gebrauchten Sinne ist, ist daher stets zu prüfen, ob die schlichte Verwaltungsäusserung, sofern sie ein Hoheitsakt wäre, aufhebbar wäre oder ob sie für den in Frage stehenden Hoheitsträger unbedingt gälte.

2. ABSCHNITT

Die verschiedenen Theorien zu der Frage, inwieweit eine nichtphysische Beziehung zu der Urkunde für die Ausstellereigenschaft genügt

Diese Theorien lassen sich einteilen in:

1. eine faktische Theorie, 4)
2. eine ideelle bzw. kausale Theorie, 5)
3. die juristischen Theorien, 6)
4. eine moderne ideelle bzw. kausale Theorie 7) und
5. die sog. Geistigkeitstheorie 8).

-
- 1) Dasselbe gilt für Beschlüsse, vgl. WIECZOREK § 315 Anm. 1
 - 2) WIECZOREK § 315 A IIa 2; § 309 C und §§ 551 Abs. I 1, 579 Abs. I 1 ZPO
 - 3) vgl. LÖWE-ROSENBERG § 275 Anm. 6
 - 4) vgl. unten S. 72 ff.
 - 5) vgl. unten S. 111 ff.
 - 6) vgl. unten S. 114 ff.
 - 7) vgl. unten S. 141 ff.
 - 8) vgl. unten S. 147 f.

A. DIE FAKTISCHE THEORIE

I. INHALT

Unter dieser Bezeichnung 1) soll die Meinung all derer zusammengefasst werden, die eine nichtphysische Beziehung zur Urkunde entweder überhaupt nicht oder jedenfalls in einem sehr beschränkten Umfange für die Ausstellereigenschaft als ausreichend ansehen.

II. DIE VERTRETER DER FAKTISCHEN THEORIE

1. Die Vertreter der faktischen Theorie in der Literatur

Der schärfste Verfechter eines faktischen Ausstellerbegriffs ist Brodmann 2), der nur den als Aussteller ansieht, der die Urkunde selbst schrieb oder wenigstens handschriftlich unterschrieb 3) und demgemäss eine unechte Urkunde annimmt, wenn der als Aussteller Erscheinende die Urkunde nicht in der geforderten Weise selbst vollzogen hat 4).

Bei Fuhrmann 5) und Ranft 6) kann mit Sicherheit nur gesagt werden, dass sie jedenfalls in Fällen handschriftlich unterzeichneter Urkunden für die faktische Echtheitstheorie eintreten.

Fuhrmann und Ranft erkennen die faktische Theorie ausdrücklich nur für den Fall der handschriftlich unterzeichneten Urkunde an und sehen ausdrücklich 7) nur

- 1) Die Bezeichnung "faktische Theorie" geht wohl zurück auf TIMPE, S. 25. Dieselbe Bezeichnung verwenden die meisten Dissertationen, vgl. u. a. GERSCH, S. 55; HOPFENSBERGER, S. 10; MERTGEN, S. 40; ROCK, S. 61; SCHEIBER, S. 25 f.; SCHNELKE, S. 43; VOLWASSEN, S. 20; WALDEYER, S. 18. Gleichbedeutend ist die Bezeichnung: "Körperlichkeitstheorie" (KOHLRAUSCH-LANGE § 267 Anm. 6; JAGUSCH LK Bem. 3b vor § 267; MAURACH BT, S. 429; SAUER, S. 196) oder "naturalistische Theorie" (RANFT, S. 59)
- 2) a. a. O.
- 3) "Aussteller der Urkunde ist derjenige, der, indem er sie schrieb (oder unterschrieb) eine eigene Erklärung abgab" (S. 57)
- 4) "Unecht ist eine Urkunde, wenn derjenige, der nach dem Inhalt der Erklärung diese abgegeben hat, nicht Aussteller ist." Das Mindesterfordernis der handschriftlichen Unterschrift begründet Brodmann auf S. 17: "Die Unterschrift ist ein durch uralte Sitte geheiligtes, vom Recht anerkanntes Symbol. Durch dasselbe eignet der Schreibende sich die Erklärung an und gibt sie zugleich ab, und zwar beides in Form der Schrift."
- 5) a. a. O.
- 6) a. a. O.
- 7) vgl. FUHRMANN, S. 36; RANFT, S. 90

in diesem Bereich als Aussteller denjenigen an, der die Urkunde selbst vollzogen hat, also wenigstens unterzeichnet hat. Fuhrmann und Ranft fordern also im Falle handschriftlich unterzeichneter Urkunden eine physische Beziehung für die Ausstellereigenschaft.

Sie lassen nun nicht erkennen, ob sie im Falle der nicht handschriftlich unterschriebenen Urkunden einen anderen Ausstellerbegriff vertreten. Die Ausführungen dieser Autoren sind insoweit widerspruchsvoll und es lässt sich aus ihnen nicht entnehmen, ob sie im Falle nicht handschriftlich unterzeichneter Urkunden nun eine rein physische oder auch eine nichtphysische Beziehung für die Ausstellereigenschaft genügen lassen. Die in Frage stehenden Autoren begründen die Echtheit der nicht handschriftlich unterzeichneten Urkunden, die im Auftrag einer bestimmten Person geschrieben wurden, für die die Urkunde gelten soll, mit zwei Momenten. Sie weisen einmal daraufhin, dass durch eine nicht handschriftlich vollzogene Urkunde nicht der Anschein hervorgerufen werde, als sie der Namensträger, für den die in der Urkunde enthaltene Erklärung gelten soll, physisch an der Herstellung der Urkunde beteiligt 1). Zum anderen wird aber auch die Ermächtigung durch den Namensträger als Erfordernis für die Echtheit bei derartigen Urkunden angesehen 2).

Insoweit die genannten Autoren die Echtheit nicht handschriftlich unterzeichneter Urkunden mit dem fehlenden Anschein einer persönlichen Vollziehung durch denjenigen, für den die in der Urkunde enthaltene Erklärung gelten soll, begründen, lassen ihre Ausführungen vermuten, dass sie auch für diese Urkunden den faktischen Ausstellerbegriff vertreten. Das Abstellen auf den Anschein der persönlichen Vollziehung lässt nämlich als möglich erscheinen, dass die Bejahung der Echtheit in den Fällen nicht handschriftlich unterzeichneter Urkunden bei Fuhrmann und Ranft nicht auf einer von ihrem sonst vertretenen faktischen Ausstellerbegriff abweichenden Ausstellerdefinition beruht, sondern allein auf einer von der h. M. abweichenden Ansicht über den Begriff des angeblichen Ausstellers 3).

Aus dem Hinweis auf den Anschein der körperlichen Vollziehung könnte nämlich geschlossen werden, dass die genannten Schriftsteller denjenigen als angeblichen Aussteller ansehen, der als tatsächlicher Vollzieher oder Unterzeichner der Urkunde erscheint. Bei Zugrundelegung dieser Auffassung ist dann auch bei Billigung des faktischen Ausstellerbegriffs die Urkunde echt, wenn der nicht physisch an der Herstellung Beteiligte nicht als tatsächlicher Vollzieher erscheint (keine Identitätsverschiedenheit von angeblichem und wirklichem Aussteller).

Andererseits lässt der Hinweis auf die Notwendigkeit einer Ermächtigung durch den Namensträger vermuten, dass Fuhrmann und Ranft für die Ausstellereigenschaft im Bereich der nicht handschriftlich unterzeichneten Urkunden eine nichtphysische Beziehung für massgeblich halten.

1) vgl. RANFT, S. 90 ff.; FUHRMANN, S. 36 ff..

2) FUHRMANN, S. 40; RANFT, S. 92

3) vgl. darüber oben S. 22 ff.

Welche Beziehung nun die genannten Autoren im Bereich der nicht handschriftlich unterzeichneten Urkunden für die Ausstellereigenschaft fordern, lässt sich aus diesen sich widersprechenden Ausführungen nicht ersehen.

Es kann auch nicht aus dem Umstand, dass sie beide für den Fall nicht handschriftlich unterzeichneter Urkunden die Anwendung der "faktischen Echtheits-theorie" verneinen, darauf geschlossen werden, dass sie für diese Fälle den faktischen Ausstellerbegriff verneinen. Entsprechend den oben gemachten Ausführungen 1) kann nämlich das Ergebnis einer "faktischen Echtheits-theorie" (- die Urkunde ist stets unecht, wenn nicht der tatsächliche Vollzieher in ihr als Aussteller erscheint -) auch von einem nichtphysischen Ausstellerbegriff aus möglicherweise erreicht werden.

Dem Sinne nach die gleiche Auffassung wie Fuhrmann und Ranft vertritt Pagel 2). Die Feststellung des von ihm vertretenen Ausstellerbegriffs ist jedoch schon dadurch erschwert, dass Pagel von einem allgemeinen Fälschungsbegriff ausgeht, der nicht speziell auf die strafrechtlichen Zwecke abgestellt ist 2). Aus seinen Ausführungen lässt sich jedoch herauslesen, dass er bei nicht-mechanischer Unterzeichnung jedenfalls als Aussteller den tatsächlichen Vollzieher ansieht 3). Dagegen erscheinen in den Ausführungen Pagels bezüglich mechanisch unterzeichneter Urkunden aus denselben Gründen wie bei Ranft und Fuhrmann zwei Möglichkeiten 4).

Aus den Ausführungen Franks hingegen ergibt sich, dass er in jedem Falle für den faktischen Ausstellerbegriff eintritt und wenigstens die persönliche Unterzeichnung verlangt 5).

1) S. 73 unten

2) a. a. O.

3) Dies geht einmal daraus hervor, dass er im Falle einer handschriftlichen Unterzeichnung durch einen Vertreter mit dem Namen des Vertretenen Fälschung annimmt, wenn nicht ersichtlich ist, dass der Vertreter gehandelt hat (S. 255). Zum anderen folgt dies aus dem von ihm vertretenen Fälschungsbegriff, der dahingeht, dass eine Fälschung vorliegt, wenn eine vom wirklichen Handelnden verschiedene Person als Handelnder erscheint (vgl. S. 266). Bringt man nämlich diesen Fälschungsbegriff mit dem ihm entsprechenden strafrechtlichen Unechtsbegriff (vgl. oben S. 18 ff.) in Verbindung, so kann man sagen, dass sich der Begriff des Handelnden mit dem des Ausstellers deckt. Aus der Annahme einer Fälschung im Falle handschriftlicher Fremdzeichnung ergibt sich somit, dass Pagel den Vertreter als Handelnden und damit den faktischen Vollzieher in diesem Falle als Aussteller ansieht.

4) PAGEL, S. 256

5) vgl. FRANK § 267 sämtl. Anm. und ZStW 32, S. 82 ff.. Insbesondere § 267 Anm. I: "Herrühren bedeutet einfach hergestellt. Rührt der Text von einer anderen Person her, so ist die Unterschrift massgebend". (Forts. S. 75)

Dieselbe Auffassung wie Frank hinsichtlich des Ausstellerbegriffs vertreten Hälschner 1) und Rock 2), die beide wohl für alle Fälle als Aussteller denjenigen ansehen, der die Urkunde zumindest selbst unterschrieben hat. Von Adolf Merkel 3),

Fortsetzung der Fussnote 5), Seite 74:

Wenn Frank (§ 267 Anm. V 1b) dann mit Hinweis auf den fehlenden Anschein persönlicher Vollziehung und die Ermächtigung des Auftraggebers bei nicht handschriftlich unterzeichneten Urkunden UF verneint, so kann nicht gesagt werden, dass er damit - ähnlich wie Fuhrmann und Ranft - möglicherweise für den Fall nicht handschriftlich unterzeichneter Urkunden einen anderen Ausstellerbegriff vertritt. Seine Ausführungen ergeben nämlich, dass er unter den genannten Voraussetzungen in dem Falle nicht handschriftlich vollzogener Urkunden lediglich die RW verneint (ebenso verstehen die Ausführungen Franks Waldeyer, S. 21; Fuhrmann, S. 38; Ranft, S. 92 Anm. 10 und Timcke, S. 147/148) und derartige Urkunden als unecht ansieht. Daraus ist aber zu schliessen, dass Frank in diesem Bereich keinen anderen Ausstellerbegriff vertritt wie bei handschriftlich vollzogenen Urkunden. (Unrichtig Ranft, S. 90 Anm. 4, wenn er glaubt, Frank verträte hier die Ansicht, Aussteller sei der Auftraggeber).

- 1) HÄLSCHNER, S. 542 Anm. 2 a.E.: "Wer mit Willen und der Vollmacht des angeblichen Ausstellers eine Urkunde anfertigt, handelt an sich nicht unbefugt rechtswidrig, gleichwohl ist er der Fälschung schuldig, wenn er in der Absicht handelt, von dieser unechten Urkunde zum Zwecke des Beweises Gebrauch zu machen." Die Bemerkung zeigt, dass Hälschner eine unechte Urkunde annimmt, wenn als angeblicher Aussteller eine Person erscheint, mit deren Willen und Vollmacht die Urkunde hergestellt wurde. Er geht also demnach von einem rein faktischen Ausstellerbegriff aus. Seine ganz generell gehaltenen Ausführungen ergeben nichts dafür, dass er im Falle nicht handschriftlich unterzeichneter Urkunden für die Echtheit den Willen oder die Vollmacht des angeblichen Ausstellers genügen lässt, also hier einen nichtphysischen Ausstellerbegriff vertritt.
- 2) ROCK, S. 65: "Eine Urkunde ist echt, wenn der sich aus ihr ergebende Aussteller identisch mit demjenigen ist, der die Urkunde, so wie sie vorliegt, tatsächlich vollzogen hat."

Seine übrigen Ausführungen ergeben keine Anhaltspunkte, dass er den in dieser Definition zum Ausdruck kommenden faktischen Ausstellerbegriff nur auf handschriftlich unterzeichnete Urkunden beschränken will. Sie ergeben jedoch, dass Rock unter Vollziehung auch die blossе Unterzeichnung versteht (vgl. S. 64 ff.)

- 3) A. MERKEL HH III, S. 795

Paul Merkel 1), Schnelke 2) und Boldt 3) kann ähnlich wie von Ranft und Fuhrmann lediglich gesagt werden, dass sie im Falle handschriftlich unterzeichneter Urkunden einen faktischen Ausstellerbegriff vertreten. Ihre Ausführungen behandeln nur diese Art von Urkunden und verneinen dabei in jedem Falle die Echtheit, wenn der in der Unterschrift Erscheinende die Unterschrift nicht persönlich bewirkt hat. Ihre übrigen Ausführungen lassen nicht erkennen, dass sie dabei - ähnlich wie es bei Ranft und Fuhrmann für den Fall der nicht handschriftlich unterzeichneten Urkunden möglich ist - von einem nichtphysischen Ausstellerbegriff ausgehen und - entsprechend dem oben 4) erörterten Weg, auf dem Ranft und Fuhrmann möglicherweise von einem nichtphysischen Ausstellerbegriff ausgehend zur Verneinung der Echtheit bei gewissen nicht handschriftlich unterzeichneten Urkunden kommen - nur wegen einer von der hier vertretenen Meinung abweichenden Auffassung über den Begriff des angeblichen Ausstellers bzw. die Rahmendefinition der unechten Urkunde zur Verneinung der Echtheit kommen.

Dass A. Merkel, Paul Merkel, Schnelke und Boldt wenigstens für den Fall handschriftlich unterzeichneter Urkunden von einem faktischen Ausstellerbegriff ausgehen, wird auch durch ihre ständige Berufung auf Frank bestätigt.

2. Die sich zur faktischen Theorie bekennenden höchstgerichtlichen Entscheidungen

a) Allgemeines zu diesen Entscheidungen

Einen faktischen Ausstellerbegriff in Bezug auf handschriftlich unterzeichnete Urkunden vertreten auch einige ältere RG-Entscheidungen.

Das Bekenntnis zum faktischen Ausstellerbegriff folgt bei diesen Entscheidungen aus dem Umstand, dass sie der Zustimmung des sich aus der handschriftlichen Unterzeichnung ergebenden angeblichen Ausstellers keinen Einfluss auf die Echtheit bzw. Unechtheit der Urkunde zuschreiben. Die Entscheidungen gestehen nämlich der Zustimmung des angeblichen Ausstellers u. U. lediglich die Wirkung zu, dass sie das Merkmal der "rechtswidrigen Absicht" im Sinne des § 267 a.F. entfallen lässt oder dass sie die Rechtswidrigkeit der Tatbestandsverwirklichung beseitigt. Ob die Straflosigkeit aus dem einen oder anderen Grunde oder aus beiden hergeleitet wird, lässt sich dabei oft sehr schwer feststellen. Die Entscheidungen sind in-

1) P. MERKEL JW 1931, S. 1196

P. Merkel war früher noch anderer Meinung und vertrat eine juristische Theorie; vgl. die Anmerkung zu OLG Stettin JW 1925, S. 2376 (JW 1925, S. 2376), wo er bei Auftrag des Namensträgers sogar dann eine echte Urkunde annimmt, wenn eigenhändige Unterschrift vorgeschrieben ist.

2) SCHNELKE, S. 43 ff.

3) BOLDT DR 1941, S. 992 f.

4) vgl. oben S. 74/2. Abs.

sofern sehr unscharf. Diese mangelnde Klarheit ist oft dadurch bedingt, dass die Entscheidungen keine eindeutige Auffassung über die Bedeutung des Merkmals der "rechtswidrigen Absicht" im Sinne des § 267 a.F. vertreten. Verwirrend wirkt vor allem, dass die Entscheidungen es oft als möglich erkennen lassen, dass sie in dem Merkmal der "rechtswidrigen Absicht" die der Rechtswidrigkeit der Tatbestandsverwirklichung entsprechende Vorstellung des Täters zusammengefasst sehen.

Für die Zuordnung zur faktischen Ausstellertheorie ist es jedoch gleichgültig, ob die jeweilige Entscheidung, die u. U. bei Zustimmung des angeblichen Ausstellers entfallende Straflosigkeit damit rechtfertigt, dass die Zustimmung des angeblichen Ausstellers die "rechtswidrige Absicht" (§ 267 a.F.) ausschliesst, oder ob sie in der Zustimmung des angeblichen Ausstellers unter gewissen Voraussetzungen einen Rechtfertigungsgrund sieht. In jedem Falle geht die jeweilige Entscheidung von der Unechtheit der ohne physische Mitwirkung des angeblichen Ausstellers geschaffenen Urkunden und damit von einem faktischen Ausstellerbegriff aus.

- b) Die einzelnen sich zum faktischen Ausstellerbegriff bekennenden höchstrichterlichen Entscheidungen

Einen faktischen Ausstellerbegriff für handschriftlich unterzeichnete Urkunden vertritt die erste zu dem in Frage stehenden Problem ergangene Entscheidung des Reichsgerichts 1). Sie geht nämlich bei den ohne physische Mitwirkung des angeblichen Ausstellers geschaffenen Urkunden ohne weiteres von der Unechtheit aus und sieht in der rechtswirksamen Zustimmung des angeblichen Ausstellers lediglich einen die Rechtswidrigkeit ausschliessenden Umstand 2) 3).

1) RG 5, 151

2) vgl. den Leitsatz und S.152 unten (RG 5, 151): "Gleichwohl ist dem ersten Richter darin beizutreten, dass zur Urkundenfälschung Rechtswidrigkeit des Handelns vorausgesetzt wird, und zwar nicht bloss in subjektiver Beziehung, wie das Erfordernis der rechtswidrigen Absicht ergibt, sondern auch in objektiver Beziehung, weil jedes Reat ein rechtswidriges Handeln erfordert. Danach muss allerdings geprüft werden, ob die Fertigung der unechten Unterschriften objektiv und subjektiv rechtswidrig war."

Hierauf weist das Urteil auf die Voraussetzungen für eine rechtswirksame Zustimmung hin, die es, wie die Darlegungen erkennen lassen, als Bedingung für den Ausschluss der RW ansieht.

Aus dem Urteil - insbesondere aus der oben wörtlich wiedergegebenen Stelle - ergibt sich, dass die Entscheidung das Merkmal der "rechtswidrigen Absicht" mit dem Bewusstsein der RW identifiziert.

Dass die Entscheidung die Feststellung dieses Bewusstseins ausdrücklich fordert

Sie ist übrigens die einzige der von einem faktischen Ausstellerbegriff ausgehenden Entscheidungen, aus der sich völlig klar ergibt, aus welchem Grunde u. U. die Strafflosigkeit der unter Zustimmung des angeblichen Ausstellers erfolgenden Herstellung von Urkunden eintritt.

Im hier dargelegten Sinne versteht die Entscheidung lediglich Schnellke 1). Die übrige Literatur, die sich mit der Entscheidung befasst, nimmt an, dass diese für die Ausstellereigenschaft eine nichtphysische, rein rechtliche Beziehung genügen lasse 2).

Fortsetzung der Fussnote 2), Seite 77:

(vgl. S. 154 ganz unten d. Entsch.) erscheint durchaus nicht als Ausnahme mit Rücksicht auf die sonstige Rechtssprechung des Reichsgerichts. Einige der älteren RG-Entscheidungen fordern nämlich für die Bestrafung ausdrücklich das Bewusstsein der RW (vgl. RG 2, 377; RG 8, 106; RG 16, 153; Näheres hierzu LK (4. Aufl.) S. 59). Die in RG 5, 151 in Bezug auf das Bewusstsein der RW vertretene Ansicht liegt ferner auf der Linie der vom Reichsgericht auch später teilweise vertretenen Ansicht, dass das Bewusstsein der RW dann einer besonderen Feststellung bedürfe, wenn in der Strafvorschrift von der Rechtswidrigkeit die Rede ist. (In diese Richtung gehen RG 19, 209; RG 20, 393; RG 37, 139 (142); RG 55, 14 (15); RG 58, 247 (249))

Fussnote 3), Seite 77:

Wenn die Entscheidung übrigens am Schlusse (S. 154 u., vorl. Abs.) daraufhinweist, dass eine Verkenntung des Rechtsbegriffs der fälschlichen Anfertigung vorliege, wenn man eine blosser Zustimmung für den Ausschluss der UF genügen lasse, so steht das der Annahme nicht entgegen, dass die Entscheidung einen rein faktischen Ausstellerbegriff vertritt. Sieht man nämlich diese Ausführungen im Zusammenhang mit dem vorher Dargelegten, so ergibt sich, dass das RG den Ausdruck "fälschlich Anfertigen" hier nicht im Sinne einer bloss tatbestandsmässigen Handlung auffasst, sondern darunter eine Straftat im weiteren Sinne versteht.

1) SCHNELKE, S. 15

2) vgl. WEISSMANN ZStW 11, S. 36; VOLWASSEN, S. 32; WALDEYER, S. 31 Anm. 17; HOPFENSBERGER, S. 21 und RG 43, 348 (351). Sehr eigenartig auch, wenn derselbe Senat, der das Urteil in RG 5, 151 fällte, wenige Wochen später (vgl. RG Rspr. III, 816) die Ansicht vertritt, dass die Echtheit von der schriftlichen Vollmacht des angeblichen Ausstellers abhängt, also einen nichtphysischen, durch rechtliche Beziehungen bedingten Ausstellerbegriff vertritt, und sich dabei auf die Entscheidung in RG Rspr. III, 696 (= RG 5, 151) beruft.

Vgl. dann aber die im Text weiter unten (vgl. unten S. 82 f.) erwähnte, zwei Monate später gefällte Entscheidung dieses Senats (RG 6, 251), die wiederum mehr zur faktischen Ausstellertheorie hintendiert.

Ein Bekenntnis zur faktischen Ausstellertheorie enthält auch die im 16. Bande enthaltene Entscheidung im sog. Feldmesserfall 1).

Hier wurden einem Feldmesser vom Eisenbahnbetriebsamt Arbeiten zur höchstpersönlichen Erledigung übertragen. Der Feldmesser, der wegen anderweitiger Beschäftigung verhindert war, beauftragte seinen Gehilfen, die Arbeiten unter seinem, des Prinzipals, Namen vorzunehmen, wofür er die Gebühren von den Behörden in Empfang nehmen und die Hälfte behalten sollte. Der Gehilfe stellte bei dieser Gelegenheit der Behörde gegenüber unter dem Namen des Prinzipals Urkunden aus.

Das Reichsgericht hält hier UF für gegeben und geht jedenfalls von einem faktischen Ausstellerbegriff aus; denn es bejaht ohne weiteres die Unechtheit der ohne physische Mitwirkung des angeblichen Ausstellers ausgestellten Urkunde und schreibt der Zustimmung des angeblichen Ausstellers u. U. lediglich einen Einfluss auf den subjektiven Tatbestand, nämlich die "rechtswidrige Absicht", zu 2).

Nicht klar erscheint dabei in der Entscheidung, welche Bedeutung sie dem Merkmal der "rechtswidrigen Absicht" beimisst. Fest steht insoweit nur, dass sie die "rechtswidrige Absicht" verneint, wenn der Täter sich auf "den Glauben, rechtliche Befugnisse auszuüben, berufen kann" und diese nach den Ausführungen des Reichsgerichts dann der Fall ist, wenn der Täter im Auftrage eines anderen eine in dessen zivilrechtlichen Befugnissen liegende Urkunde unter dessen Namen errichtet und der Auftrag nicht zum Zwecke der Täuschung eines Dritten erteilt ist 3).

-
- 1) RG 16, 325
 - 2) "Die Straflosigkeit der Anfertigung einer unechten Privaturkunde auf Grund der Ermächtigung dessen, von dem errichtet, sie eine echte wäre, hat ihren Sitz im subjektiven Tatbestand. Der § 267 StGB straft denjenigen, welcher in rechtswidriger Absicht eine Urkunde fälschlich anfertigt und von derselben zum Zwecke einer Täuschung Gebrauch macht" (RG 16, 326).
 - 3) Vgl. hierzu die Ausführungen, die das Reichsgericht in Bezug auf die Frage macht, ob eine "rechtswidrige Absicht" gegeben ist (RG 16, 326). In diesem Zusammenhang sagt die Entscheidung, dass nicht rechtswidrig handle, wer im Auftrage eines anderen eine in dessen zivilrechtlichen Befugnissen liegende Urkunde unter dessen Namen errichte, dass jedoch die Sache anders liege, wenn der angebliche Aussteller seine Zustimmung nicht zur 'Vollziehung einer Rechtshandlung', sondern zwecks Gebrauchs zur Täuschung eines Dritten erteile, wenn der Täter nicht in Vertretung des anderen in zivilrechtlichen Befugnissen, sondern unberechtigt die falsche Unterschrift anfertige und er sich nicht auf seinen Glauben, rechtliche Befugnisse auszuüben, berufen könne. Für den ihm vorliegenden Fall bejaht das Reichsgericht den subj. TB; denn es hält UF für gegeben. Zur Begründung führt es dabei aus, dass der Anstifter hier kein Recht gehabt habe, der Eisenbahnbehörde Zahlungen zu quittieren oder ihr Zahlungen an Arbeiter auf seine Atteste anzusinnen, da er nicht in das Engagement eingetreten

Nicht festgestellt werden kann 1), ob das Urteil die "rechtswidrige Absicht" im Sinne eines subjektiven Tatbestandsmerkmals auffasst, das sich abweichend von der h. M. 2) auf die "Berechtigung" der Unterschrift bezieht, oder ob die Entscheidung die "Berechtigung" bei der Anfertigung der Unterschrift - ähnlich wie RG 5, 151 die Zustimmung des angeblichen Ausstellers 3) - als Rechtfertigungsgrund ansieht und die "rechtswidrige Absicht" ähnlich wie RG 5, 151 mit dem Bewusstsein der RW identifiziert.

Der letzteren Annahme würde nicht entgegenstehen, dass die Entscheidung die Straflosigkeit der ohne physische Beteiligung des angeblichen Ausstellers erfolgenden Herstellung aus dem "subjektiven Tatbestand" folgert; das Abstellen auf den "subjektiven Tatbestand" ergäbe sich dann aus dem Umstand, dass das fehlende Bewusstsein der RW die Strafbarkeit beseitigt.

In dem hier dargelegten Sinne verstehen die Entscheidung Brodmann 4), Volwassen 5), Bock 6), Scheiber 7) und Ranft 7), die die Entscheidung ausdrücklich zur faktischen Echtheitstheorie rechnen. Zum faktischen Echtheitsbegriff rechnen das Urteil auch Frank 8), Schildwächter 9) und Schnelke 10), indem sie - was übrigens aus der insoweit unklaren Ausführung durchaus herausgelesen werden kann - annehmen, dass die Entscheidung der Zustimmung des angeblichen Ausstellers u. U. nur eine die RW ausschliessende Wirkung beiläge.

Eine unrichtige Auslegung des RG-Urteils bringen nach dem bisher Ausgeführten jedenfalls Gersch 11), Waldeyer 12) und eine Entscheidung des Reichsgerichts 13), die annehmen, das Urteil im 16. Bande lasse für den Ausstellerbegriff eine nichtphysische Beziehung genügen.

Fortsetzung der Fussnote 3), Seite 79:

sei; er habe daher dem Angestifteten solche Rechte nicht übertragen können und letzterer habe, wenn er Quittungen auf dem Namen des ersteren vollzog, unrechtmäßig gehandelt.

1) vgl. oben S. 79 Anm. 3

2) vgl. dazu oben S. 2

3) vgl. oben S. 77/78 Anm. 2

4) BRODMANN, S. 46

5) VOLWASSEN, S. 22 f.

6) BOCK, S. 51

7) SCHEIBER, S. 29; RANFT, S. 90; Nähere sich faktischer Theorie

8) FRANK, ZStW 32, S. 83; § 267 Anm. V 1b

9) SCHILDWÄCHTER, S. 34

10) SCHNELKE, S. 15

11) GERSCH, S. 64

12) WALDEYER, S. 34

13) RG 43, 348 (351)

Zur faktischen Theorie zu zählen ist die in einer Entscheidung im 26. Bande 1) vom Reichsgericht vertretene Ansicht 2). Das Urteil sieht ähnlich wie die vom selben (2.) Senat früher gefällte Entscheidung im 5. Bande 3) in der Zustimmung des angeblichen Ausstellers nur einen Rechtfertigungsgrund, der nicht eingreift, wenn die Zustimmung des Namensträgers zwecks Täuschung im Rechtsverkehr erteilt ist 4). In diesem Sinne fassen das Urteil auf Schildwächter 5), Volwassen 6) und Schnelke 7). Unrichtig dürfte es sein, wenn Horstmann 8) annimmt, das Urteil lasse für die Ausstellereigenschaft eine nichtphysische Beziehung genügen. Unrichtig daher wohl auch Gersch 9).

Zur faktischen Theorie zählt auch eine Entscheidung des Reichsmilitärge-

-
- 1) RG 26, 220: Der Neffe Paul T. gestattet seinem Oheim, dem Angeklagten, bei Unterzeichnung eines Mietvertrags über eine Wohnung unter seinem, des Neffen, Namen aufzutreten und mit seinem, des Neffen, Namen zu unterzeichnen. Der Neffe wollte nach den Feststellungen der Tatsacheninstanz keinen Mietvertrag eingehen.
 - 2) vgl. Leitsatz, der erkennen lässt, dass die Zustimmung des angeblichen Ausstellers die Unechtheit einer ohne physische Mitwirkung des angeblichen Ausstellers vollzogenen Urkunde unberührt lässt.
 - 3) RG 5, 151
 - 4) vgl. den Hinweis auf RG 5, 151 und auf RG 16, 325 auf Seite 221 oben. Vgl. ferner die auf die Schilderung des Sachverhalts folgende Bemerkung (S. 221 unten): "Unter den erwähnten Voraussetzungen (der Neffe hatte Kenntnis davon, dass die Unterschrift mit seinem Namen dazu dienen sollte, den Vermieter in den Irrtum zu versetzen, er vermiete an eine Person namens Paul) war die Unterzeichnung des Vertrages mit dem falschen Namen trotz Zustimmung des Namensträgers rechtswidrig". - Dass das Urteil in der Zustimmung des Namensträgers lediglich einen Rechtfertigungsgrund sieht und nicht wie die Entscheidung im 16. Bande (RG 16, 325, vgl. oben S. 79 f.) möglicherweise der Zustimmung u. U. einen Einfluss auf das subj. Tbmerkmal des § 267 zuschreibt, geht auch aus dem Umstand hervor, dass das Urteil das subj. Tbmerkmal der "rechtswidrigen Absicht" ausdrücklich im Sinne der h. M. auffasst, indem sie es mit der Absicht gleichsetzt, einen Einfluss auf das Rechtsleben mittels der falschen Urk. auszuüben (vgl. RG 26, 222). - Versteht man nämlich das Merkmal in diesem Sinne, ist es nicht denkbar, dass die Zustimmung des angeblichen Ausstellers die "rechtswidrige Absicht" irgendwie beeinflusst.
 - 5) SCHILDWÄCHTER, S. 36
 - 6) VOLWASSEN, S. 23
 - 7) SCHNELKE, S. 15
 - 8) HORSTMANN, S. 15
 - 9) GERSCH, S. 64

richts aus dem Jahre 1906 1), die ebenfalls von der Unechtheit der ohne physische Mitwirkung des angeblichen Ausstellers, jedoch mit Zustimmung desselben geschaffenen Urkunden ausgeht. Das Reichsmilitärgericht sieht nämlich ähnlich wie RG 5, 151 2) und RG 26, 220 3) in der Zustimmung des angeblichen Ausstellers, sofern diese nicht nur zwecks Gebrauchs zur Täuschung eines Dritten erteilt ist, lediglich einen Grund für den Wegfall der Rechtswidrigkeit 4).

Eine nicht eindeutige, jedoch im ganzen mehr zur faktischen Theorie hinneigende Ansicht vertritt eine RG-Entscheidung im 6. Bande 5). Dort unterschrieb jemand einen Mietvertrag, der bereits mündlich abgesprochen war und für dessen Wirksamkeit die Schriftform erforderlich war, mit dem Namen der als Mieterin ausersehenen Person, ohne von dieser beauftragt zu sein, hoffte jedoch, später von der abwesenden Mieterin die Genehmigung zu seinem Vorgehen zu erhalten.

Für die Zuordnung zur faktischen Theorie spricht, dass sich die Entscheidung im ganzen nur nachzuweisen bemüht, dass durch die Unterzeichnung eine "Rechtsverletzung" begangen und beabsichtigt wurde bzw. dass ein rechtswidriger Zustand geschaffen wurde, dessen sich der Unterzeichner bewusst war 6). In-

1) RMG 12, 251

2) vgl. oben S. 77

3) vgl. oben S. 81

4) vgl. den Leitsatz und den letzten Abs. auf S. 251. Dieser Auslegung der Entsch. steht nicht entgegen, wenn der erste Teil der Gründe die Zustimmung des Namensträgers als einen das Merkmal der "rechtswidrigen Absicht" beeinflussenden Umstand ansieht, indem sie das Vorliegen der "rechtswidrigen Absicht" mit dem Hinweis bejaht, dass nach den bindenden Feststellungen der Tatsacheninstanz eine Zustimmung des Namensträgers nicht vorgelegen habe. - Die darauf folgende Verknüpfung der "rechtswidrigen Absicht" mit dem allgemeinen Merkmal der RW ergibt nämlich, dass der Einfluss der Zustimmung auf die "rechtswidrige Absicht" gerade die Folge davon ist, dass der Zustimmung des Namensträgers eine die RW beseitigende Wirkung beigelegt wird. Aus dieser Verknüpfung ersieht man nämlich, dass das RMG ähnlich wie RG 5, 151 (vgl. oben S. 77) und möglicherweise RG 16, 325 (vgl. oben S. 79f.) das Merkmal der "rechtswidrigen Absicht" mit dem Bewusstsein der RW gleichsetzt, woraus sich erklärt, dass eine die RW beeinflussende Zustimmung auch das Merkmal der "rechtswidrigen Absicht" beeinflussen kann.

5) RG 6, 251

6) vgl. S. 253. Die Rechtsverletzung und den geschaffenen rechtswidrigen Zustand sieht das Reichsgericht dabei in dem Umstand, dass die angebliche Ausstellerin wider ihren Willen als Mieterin hingestellt wurde, die Vertragspartnerin aber keinen für den Mietzins verpflichteten Mieter für ihre Wohnung

sofern lässt nämlich die Entscheidung erkennen, dass sie in jedem Falle von der Unechtheit der nicht durch eine physische Beziehung mit dem angeblichen Aussteller verbundenen Urkunde ausgeht.

Für die Einordnung in die faktische Theorie spricht auch, dass das Urteil für den Fall, dass der Täter annimmt, die von ihm geleistete Unterschrift würde den angeblichen Aussteller verpflichten, die "rechtswidrige Absicht" ausschliesst 1). Ginge nämlich das Reichsgericht davon aus, dass eine rechtliche Beziehung zur Urkunde im Sinne einer verpflichtenden Wirkung die Ausstellereigenschaft begründet, müsste der Vorsatz ausgeschlossen sein, da sich der Täter ja dann über die Unechtheit irren würde.

Als Vertreterin einer nichtphysischen Beziehung als ausreichend erachtenden Ausstellertheorie könnte man die Entscheidung wiederum ansehen, wenn man ihre Ausführungen auf Seite 253 liest 2).

Wenn man übrigens annimmt, dass das Urteil von einem faktischen Ausstellerbegriff ausgeht, erscheint es ebenso wie im Falle von RG 16, 325 unklar, auf welchem Wege die Entscheidung zur Straflosigkeit kommt, wenn eine Urkunde hergestellt wird, die in einer nichtphysischen Beziehung zum angeblichen Aussteller steht 3).

Die faktische Theorie vertritt auch, wenigstens nach den in der Juristischen Wochenschrift wiedergegebenen Entscheidungsgründen, ein Urteil des OLG Ham-

Fortsetzung der Fussnote 6), Seite 82:

erhalten habe und die Vertragspartnerin das Recht gehabt habe, entweder die freie Disposition über die dann anderwärts zu vermietende Wohnung zu behalten oder aber sich gegenüber der angeblichen Ausstellerin durch eine von dieser oder durch einen schriftlich (vgl. ALR I 13 § 8) Bevollmächtigten geleistete Unterschrift als Vermieterin rechtlich verpflichtet zu sehen.

1) vgl. S. 253 vorl. Abs.

2) vgl. RG 6, 253 oben. Dort wird der echten, die Mieterin verpflichtenden Unterschrift die falsche, die Mieterin nicht verpflichtende Unterschrift gegenübergestellt. Diese Stelle lässt vermuten, dass das Reichsgericht für die Ausstellereigenschaft eine rechtliche Beziehung fordert.

3) Ähnlich wie in RG 16, 325 ist es unklar, ob das Reichsgericht hier in der Zustimmung u. U. einen die RW beseitigenden Umstand sieht und das Merkmal der "rechtswidrigen Absicht" mit dem Bewusstsein der RW gleichsetzt oder ob das Reichsgericht das Merkmal der "rechtswidrigen Absicht" als ein subjektives Tatbestandsmerkmal auffasst und in ihm abweichend von der h. M. die Vorstellung des Täters von der mangelnden Verpflichtungswirkung sieht.

burg aus dem Jahre 1938 1).

Wenn in der Entscheidung nämlich gesagt wird, dass der Auftrag des Namensträgers u. U. geeignet sei, "die Rechtswidrigkeit der Abänderung durch einen anderen und damit den Tatbestand der Verfälschung auszuschliessen", so lässt das auf ein Bekenntnis zur faktischen Ausstellertheorie schliessen; denn, weil der Zustimmung des Namensträgers lediglich ein Einfluss auf die RW zugeschrieben wird 2), muss der Ausstellerbegriff faktisch gefasst sein. Anderenfalls würde die Zustimmung des Namensträgers u. U. die Tatbestandsmässigkeit beeinflussen.

Eine nicht ganz klare Stellungnahme bringt das Urteil des Reichsgerichts vom 15.12.1938 3). Hier wird die UF mit der Begründung bejaht, dass der Unterzeichner trotz des Einverständnisses des Namensträgers rechtswidrig gehandelt habe, da die Einverständniserklärung, die zu einer strafbaren Handlung benutzt werden sollte, der rechtlichen Wirksamkeit entbehre 4).

Ergeben diese Ausführungen eine Bejahung des faktischen Ausstellerbegriffs 5), so lässt der Hinweis auf ältere RG-Entscheidungen, die einen nichtphysischen Ausstellerbegriff vertreten 6), vermuten, dass die Entscheidung ebenfalls von einem nichtphysischen Ausstellerbegriff ausgeht. In diesem Sinne wird die Entscheidung auch mehrfach aufgefasst 7).

-
- 1) OLG Hamburg JW 1938, S. 582. Ein Ehemann fügt nach dem Tode der Ehefrau in das von dieser errichtete Testament das Wort "nicht" ein. Er handelt dabei in Ausführung eines noch zu ihren Lebzeiten erteilten Auftrages der Erblasserin.
 - 2) Dem steht nicht entgegen, dass die Entscheidung gleichzeitig vom Ausschluss des Tatbestandes der Verfälschung spricht. Der gleichzeitige Hinweis auf den Ausschluss der RW, der den Wegfall des Tatbestandes der Verfälschung erst begründen soll, ergibt nämlich, dass hier unter dem "Tatbestand der Verfälschung" nur eine tatbestandsmässige, rechtswidrige und schuldhaftige Verfälschung gemeint sein kann, der Begriff des Tatbestandes also im weiteren Sinne verwendet ist.
 - 3) RG HRR 1939 Nr. 662
 - 4) vgl. darüber oben S. 49 f.
 - 5) Das Problem der RW kann nur auftauchen, wenn objektiv Unechtheit gegeben ist.
 - 6) Die Entscheidung beruft sich auf RG DJ 1938, S. 1917; RG 43, 348; RG 68, 240, 242. Alle diese Entscheidungen bekennen sich zu der auch eine nicht-physische Beziehung für die Ausstellereigenschaft zulassenden sog. Täuschungstheorie. (Vgl. unten S. 129, S. 127, S. 129).
 - 7) vgl. RG 75, 47 (49), wo bemerkt ist, dass die Entsch. nichts anderes sagen will als die Entscheidungen in RG 43, 348; RG 68, 240; RG HRR 1934 Nr. 1079; RG DJ 1938, S. 1917, die sich alle zur sog. Täuschungstheorie bekennen (vgl. unten S. 127, S. 129, S. 128, S. 129) die auch eine nichtphysische Bezie-

III. DIE BEGRÜNDUNG DER STRAFLOSIGKEIT IN BESTIMMTEN FÄLLEN DER HERSTELLUNG VON NACH DER FAKTISCHEN THEORIE UNECHTEN URKUNDEN DURCH DIE VERTRETER DIESER THEORIE

Die Vertreter der faktischen Theorie gehen nun nicht so weit, in allen Fällen, in denen jemand eine Urkunde anfertigt, in der ein anderer als Aussteller erscheint, Bestrafung zu fordern. Sie kommen vor allem dann zur Straflosigkeit, wenn das bürgerliche Recht die Unterzeichnung mit dem fremden Namen gestattet, sehen manchmal aber von dieser Voraussetzung ab.

Der Grund für die Straflosigkeit ist dabei bei den einzelnen Vertretern durchaus unterschiedlich. Teilweise sieht man ihn im Fehlen der RW, teilweise im Fehlen der subjektiven Voraussetzungen einer Bestrafung gemäss § 267.

1. Die Anhänger der faktischen Theorie, die sich für die Straflosigkeit auf das Entfallen der Rechtswidrigkeit berufen

Die Rechtswidrigkeit beseitigt eine den angeblichen Aussteller verpflichtende Ermächtigung nach RG 5, 151 1). Während nicht klar ersichtlich ist, ob das Reichsgericht in RG 16, 325 in der "Berechtigung" zur Anfertigung einen Rechtfertigungsgrund sieht, ergaben die sich ebenfalls zur faktischen Theorie bekennenden Entscheidungen des Reichsgerichts in RG 26, 220 und des Reichsmilitärgerichts in RMG 12, 251 ziemlich unzweideutig, dass sie die Zustimmung des an der Herstellung der Urkunde physisch nicht beteiligten Namensträgers, sofern sie nicht zur Täuschung Dritter erteilt ist, als einen die RW beseitigenden Umstand ansehen 2).

Unklar ist die Stellungnahme wiederum in RG 6, 251; dort ist schon nicht ganz eindeutig, ob sich das Urteil überhaupt zur faktischen Theorie bekannt 3).

Auf den Wegfall der RW beruft sich das Urteil des OLG Hamburg aus dem Jahre 1938 4).

Nicht klar ersichtlich gelöst ist die Frage in dem Urteil des Reichsgerichts vom 15.12.1938 5). Das Urteil ergibt nämlich schon nicht eindeutig, ob es

Fortsetzung der Fussnote 7), Seite 84:

hung für den Ausstellerbegriff genügen lässt.

Wie RG 75, 47 (49) SCHÖNKE FS, S. 257 und RANFT, S. 75

1) vgl. oben S. 77

2) vgl. oben S. 80 und S. 81 f.

3) vgl. oben S. 82

4) OLG Hamburg JW 1938, S. 582, vgl. dazu oben S. 83 f.

5) RG HRR 1939 Nr. 662

überhaupt die faktische Ausstellertheorie vertritt 1). Die Entscheidung folget jedoch, sofern sie vom faktischen Ausstellerbegriff ausgeht, die Straflosigkeit aus dem durch das Einverständnis des Namensträgers bedingten Wegfall der RW 2).

Die Straflosigkeit der Anfertigung einer Urkunde, an deren Herstellung der angebliche Aussteller körperlich nicht beteiligt ist, wird auch von den Vertretern der faktischen Theorie im Schrifttum teilweise mit einem durch die Zustimmung des angeblichen Ausstellers u. U. bedingten Entfallen der RW gerechtfertigt.

So sieht Hälschner 3) als nicht rechtswidrig an, wenn jemand mit Willen und Vollmacht des angeblichen Ausstellers eine Urkunde anfertigt, sofern er nicht in der Absicht handelt, von der Urkunde zum Zwecke des Beweises Gebrauch zu machen. Bei der Stellvertretung sieht Pagel 4) u. U. in der Ermächtigung des Vertretenen einen Grund für die Beseitigung der RW. Für den Fall nicht handschriftlich unterzeichneter Urkunden begründet Frank im Falle der Zustimmung durch den nicht selbst vollziehenden Aussteller u. U. die Straflosigkeit mit dem Entfallen der RW 5).

Nicht völlig klar sind die Ausführungen Boldts 6), in denen er die Straflosigkeit des Vertreters rechtfertigt, der rechtsgültig mit dem Namen des Vertretenen unterzeichnet; es lässt sich jedoch aus ihnen entnehmen, dass auch er den Grund für die Straflosigkeit in dem Wegfall der RW sieht 7).

1) vgl. darüber oben S. 84

2) vgl. oben S. 84

3) HÄLSCHNER, S. 542 Anm. 2 a. E., vgl. auch oben S. 75 Anm. 1

4) PAGEL, S. 257. Die Berufung auf Binding geht fehl; denn Binding ist ein Vertreter der sog. Täuschungstheorie, die auch eine nichtphysische Beziehung für die Ausstellereigenschaft genügen lässt (vgl. unten S. 121)

5) vgl. FRANK § 267 Anm. V 1b und oben S. 74/75 Anm. 5, 2. Abs.

6) BOLDT DR 1941, S. 992 (993/2. Sp.)

7) vgl. seine Ausführungen auf S. 993/2. Sp. 2. Abs.: "Dafür kann es freilich nicht befriedigen, wenn Frank (a. a. O. S. 95) (gemeint ZStW 32, S. 95, Anm. d. Verf.) die Straflosigkeit aus einem mangelnden Verschulden herleitet. Vielmehr muss mindestens schon die Rechtswidrigkeit verneint werden."

Wenn Boldt im Endergebnis die Straflosigkeit bei rechtsgültiger Unterzeichnung mit fremdem Namen dann doch damit bejaht, dass in derartigen Fällen die "rechtswidrige Absicht" im Sinne des § 267 a. F., ein "subjektiv-rechtswidriges" Handeln also, nicht gegeben sei; so kann daraus nicht hergeleitet werden, dass Boldt die Straflosigkeit aus dem Fehlen eines subjektiven Tatbestandsmerkmals folgert, wie dies die unten unter 2) (vgl. S. 87 ff.) Aufgeführten tun. Bei Würdigung der gesamten Ausführungen Boldts ergibt sich nämlich, dass er in diesem Merkmal die sich auf die RW beziehenden Vorstellungen des Täters zusammengefasst sieht, es also mit dem Bewusstsein

2. Anhänger der faktischen Theorie, die die Straflosigkeit aus dem Fehlen subjektiver Voraussetzungen herleiten

a) Systematische Vorbemerkung

Streng genommen müssten hier bei Berücksichtigung der heute herrschenden eingeschränkten Schuldtheorie 1) auch die oben unter 1. Angeführten eingeordnet werden; denn gerade unter der eingeschränkten Schuldtheorie ist auch das auf die RW der Tat bezogene Bewusstsein, also eine subjektive Voraussetzung, u. U. für die Straflosigkeit von Bedeutung. Ein Teil der im obigen Abschnitt angeführten Entscheidungen und Autoren müsste ausserdem schon deshalb hier eingeordnet werden, weil sie die Straflosigkeit rechtsgültiger Fremdzeichnung aus dem Fehlen des von ihnen mit dem Bewusstsein der RW identifizierten Merkmals der "rechtswidrigen Absicht" (§ 267 a.F.) herleiten 2).

Dennoch war eine Zusammenfassung der oben unter 1. Angeführten unter einer besonderen Überschrift angebracht. Sie zeichnen sich nämlich gegenüber allen anderen die Straflosigkeit trotz Fremdzeichnung aus dem Fehlen subjektiver Voraussetzungen herleitenden Vertretern der faktischen Theorie dadurch aus, dass sie die Straflosigkeit bei rechtsgültiger Fremdzeichnung grundsätzlich mit dem Fehlen eines objektiven Verbrechensmerkmals begründen und das Entfallen der Straflosigkeit bei Fehlen subjektiver Voraussetzungen bei ihnen nur eine Folge dieses Grundsatzes darstellt. Daraus ergibt sich bereits, dass unter 2. nur diejenigen erwähnt werden sollen, die die Straflosigkeit bei rechtsgültiger Fremdzeichnung ausschliesslich aus dem Fehlen subjektiver Voraussetzungen herleiten.

b) Die einzelnen Vertreter der faktischen Theorie, die die Straflosigkeit gewisser Fälle der Fremdzeichnung aus dem Fehlen subjektiver Voraussetzungen herleiten.

Zu diesem Weg, zur Straflosigkeit zu kommen, bekennt sich die Mehrzahl der die faktische Echtheitstheorie Vertretenden. Sie weisen dabei entweder auf das Fehlen der "rechtswidrigen Absicht" (§ 267 a.F.) 3), des Täuschungszwecks beim

Fortsetzung der Fussnote 7), Seite 86:

der RW gleichsetzt. (Ebenso die bereits behandelte RG-Entscheidung in RG 5, 151 (vgl. oben S. 77/78 Anm. 2 Abs. 3 u. 4). Bei RG 6, 251 und RG 16, 325 ist eine derartige Auffassung über das Merkmal der "rechtswidrigen Absicht" in § 267 a.F. zumindest denkbar (vgl. oben S. 83 Anm. 3 und oben S. 80 oben)).

1) vgl. BGH 2, 194 u. a.

2) So RG 5, 151; RMG 12, 251; BOLDT DR 1941, S. 992 und möglicherweise RG 16, 325 und RG 6, 251 (vgl. oben S. 77/78 Anm. 2, S. 82 Anm. 4, S. 86/87 Anm. 7, S. 80 o., S. 83 Anm. 3)

3) Sie sehen dieses Merkmal also nicht wie teilweise die oben unter 1) Genannten als Bewusstsein der RW an, sondern als ein subjektives Tatbestandsmerkmal oder

Gebrauchmachen (§ 267 a.F.) oder auf das Fehlen des Vorsatzes hin.

Von den sich zur faktischen Theorie bekennenden Reichsgerichtsentscheidungen kann damit keine oder doch wenigstens mit Sicherheit keine hier eingeordnet werden. Die entsprechenden RG-Entscheidungen fassen nämlich entweder das Merkmal der "rechtswidrigen Absicht" eindeutig im Sinne des Verbrechensmerkmals des Bewusstseins der RW auf 1) oder sie lassen zumindest die Möglichkeit erkennen, dass sie dies tun 2).

Eindeutige Verfechter der Auffassung, die die Straflosigkeit lediglich aus dem Fehlen subjektiver Voraussetzungen herleitet, finden sich unter dem sich zur faktischen Theorie bekennenden Schrifttum.

So beruft sich Frank in seinem Aufsatz in der ZStW 3) auf das Fehlen der "rechtswidrigen Absicht" (die er als Bestandteil der Schuld ansieht), indem er das Vorliegen des Merkmals für den Fall, dass ein Vertreter mit dem Namen des Vertretenen zeichnet, nur dann bejaht, wenn der Vertreter den Schein hervorrufen will, als sei die Urkunde von dem Vertretenen persönlich ausgestellt 4).

Aus dem Fehlen des für das Gebrauchmachen 5) erforderlichen Täuschungszwecks leitet Frank in seinem Kommentar 6) die Straflosigkeit des fremdzeichnenden Vertreters ab, wenn dieser nicht den falschen Schein hervorrufen will, als habe der Vollmachtgeber selbst unterschrieben.

Den Ausführungen Franks in seinem Kommentar schliesst sich P. Merkel an. Merkel, der sich in JW 1931, S. 1196 (1197) 7) zur faktischen Theorie bekennt, führt dort aus: "Unterschreibt jemand ein Schriftstück urkundlichen Inhalts mit dem Namen eines anderen, so stellt er eine unechte Urkunde her, und zwar vorsätzlich, selbst wenn ihn der Namensträger dazu ermächtigt hat oder wenn er die Einwilligung dazu irrtümlich annimmt. Wenn er aber eine solche Urkunde in den Rechtsverkehr oder Geschäftsverkehr bringt, so handelt er weder zum Zwecke der Täuschung über deren Echtheit noch in rechtswidriger Absicht, kann also nicht wegen Urkundenfälschung bestraft werden."

Fortsetzung der Fussnote 3), Seite 87:

entsprechend der früher mit diesem Begriffe noch nicht vertrauten Lehre als ein besonderes neben dem Vorsatz bestehendes Schuldmerkmal an (so insbes. Frank, vgl. unten S. 88)

1) vgl. RG 5, 151; RMG 12, 251 (vgl. oben S. 77/78 Anm. 2, S. 82 Anm. 4)

2) vgl. RG 16, 325; RG 6, 251 (vgl. oben S. 80 oben, S. 83 Anm. 3)

3) vgl. FRANK ZStW 32, S. 94 unten/95

4) gemeint : physisch hergestellt

5) vgl. die a.F. oben S. 3

6) FRANK § 267 Anm. VI 2

7) anders früher (vgl. oben S. 76 Anm. 1)

Die Straflosigkeit der Unterzeichnung leitet auch Rock aus dem Fehlen der "rechtswidrigen Absicht" ab 1), wobei jedoch infolge seiner widersprechenden Ausführungen 2) unklar bleibt, ob er für das Entfallen der "rechtswidrigen Absicht" die zivilrechtliche Zulässigkeit bzw. Gültigkeit der Unterzeichnung mit fremdem Namen voraussetzt.

Während die bisher unter 2. aufgeführten Vertreter der faktischen Theorie die u. U. gegebene Straflosigkeit der Herstellung und des Gebrauchs einer mit einer falschen Identitätsbezeichnung unterzeichneten Urkunde mit dem Fehlen des Merkmals der "rechtswidrigen Absicht" beim Herstellen bzw. teilweise auch mit dem Fehlen des Täuschungszwecks beim Gebrauchmachen rechtfertigen, weisen die Arbeiten von Fuhrmann und Ranft auf die Möglichkeit hin, dass die Strafbarkeit wegen eines fehlenden Bewusstseins der RW entfallen könne 3).

Dabei begründet Fuhrmann die Massgeblichkeit dieses Bewusstseins damit 4),

-
- 1) ROCK, S. 58 unter f) und S. 68; vgl. insbes. S. 68/o., wo er sich ausdrücklich geg. die Möglichkeit eines Rechtswidrigkeitsausschlusses wendet. - Nicht richtig von seinem Standpunkt aus ist es, wenn er sich dabei gegen Frank (ZstW 32, 95) wendet; denn auch Frank begründet die Straflosigkeit mit dem Fehlen der "rechtswidrigen Absicht". Wenn Frank bei seinen Ausführungen gleichzeitig auf das mangelnde Verschulden hinweist, so ergibt sich daraus nichts Gegenteiliges, wenn man berücksichtigt, dass die frühere Lehre die subj. Tb-Merkmale zur Schuld rechnete. - Unrichtig dürfte auch sein, wenn er sich (S. 68) für seine Auffassung auf Boldt beruft, da Boldt die Straflosigkeit aus dem Wegfall der RW herleitet (vgl. oben S. 86), was Rock ja selbst ausdrücklich ablehnt.
 - 2) vgl. ROCK, S. 58 und S. 68. Während er auf S. 58 unten/59 für das Entfallen der "rechtswidrigen Absicht" die zivilrechtliche Zulässigkeit der Zeichnung mit einem fremden Namen voraussetzt, wendet er sich auf S. 68 gegen Boldt (DR 1941, S. 993), da dieser den Wegfall der "rechtswidrigen Absicht" von der zivilrechtlichen Gültigkeit abhängig macht.
 - 3) vgl. FUHRMANN, S. 53 und RANFT, S. 128 ff. Sie können nicht unter 1) (vgl. oben S. 85 f.) gebracht werden; denn sie gehen ja nicht davon aus, dass die objektive RW u. U. entfällt.
 - 4) FUHRMANN (S. 53) begnügt sich in diesem Zusammenhang mit dem sehr summarischen Hinweis, dass die Anerkennung irgendeiner der zahlreichen Vorsatzttheorien auch dem sich zur faktischen Theorie bekennenden Richter die Möglichkeit gäbe, in den seltenen Fällen zu einem freisprechenden Urteil zu kommen, in denen der Täter wegen einer vorhandenen oder irrtümlich angenommenen Einwilligung oder wegen der mit Bestimmtheit erwarteten Genehmigung des Namensträgers die Urkundenvollziehung mit fremdem Namen für bedenkenfrei hält. - Nicht folgerichtig sind die folgenden Ausführungen Fuhrmanns, in denen er den von P. Merkel (JW 1931, S. 1196) behandelten Fall untersucht, dass

dass er die Vorsatztheorie anerkennt, während Ranft nicht klar erkennen lässt, über welche Theorie (Vorsatz- oder Schuldtheorie) er dazu kommt, das Unrechtsbewusstsein als entscheidend anzunehmen. Während nämlich seine Ausführungen ihn zunächst als Vertreter der Vorsatztheorie erscheinen lassen 1), muss er nach seinen der dies ergebenden Stelle folgenden Darlegungen für einen Vertreter der Schuldtheorie gehalten werden. Dort 2) lässt Ranft für den Vorsatz genügen, dass der Täter die die Unechtheit begründenden Tatsachen kennt 3), während er für den Fall, dass jemand, der beauftragt ist, für einen anderen ein Testament zu errichten, und ein solches Handeln für rechtlich unbedenklich hält, ganz generell die Schuld verneint, ohne dass die Ausführungen erkennen lassen, dass damit der Wegfall des Vorsatzes gemeint ist.

IV. KRITIK DER FAKTISCHEN THEORIE UND DIE EIGENE AUFFASSUNG

1. Der faktische Ausstellerbegriff entspricht nicht einer nach dem Zweck des § 267 orientierten Auslegung

a) Aussteller - derjenige, für den die in der Urkunde enthaltene Erklärung unbedingt gilt

Der faktischen Ausstellertheorie kann nicht zugestimmt werden. Die nach der teleologischen Auslegungsmethode für die Ermittlung des Ausstellerbegriffs aufgestellten Grundsätze 4), ergeben nämlich, dass von den an der Herstellung phy-

Fortsetzung der Fussnote 4), Seite 89:

jemand eine Urkunde mit einem fremden Namen in der Annahme unterschreibt, der Namensträger werde dieser Handlung zustimmen. Wenn der Täter dabei annimmt, die Urkunde sei nicht falsch oder werde nachträglich echt oder doch in der Wirkung einer echten gleich, hält nämlich Fuhrmann im Anschluss an P. Merkel (a. a. O.) einen den Vorsatz nicht ausschliessenden Subsumtionsirrtum für gegeben und nimmt ein Entfallen der "rechtswidrigen Absicht" an, da das Vorgehen des Täters in "guter Absicht" geschähe. Nach den von ihm herangezogenen Vorsatztheorien hätte aber Fuhrmann die Straflosigkeit mit dem Fehlen des nach diesen Theorien das Bewusstsein der RW beinhaltenden Vorsatzes rechtfertigen müssen.

1) vgl. RANFT, S.130. Dort auch Berufung auf OLG Kiel DRZ 1946, S.126; KG DRZ 1947, S.198 und OLG Frankfurt SJZ 1947, S.626, die sich alle zur Vorsatztheorie bzw. eingeschränkten (KG DRZ 1947, S.198; OLG Frankfurt SJZ 1947, S.626) Vorsatztheorie bekennen.

2) RANFT, S.131

3) d. h. also nach Ranft, der Anhänger der faktischen Theorie ist, die Tatsache, dass der angebliche Aussteller die Urkunde nicht persönlich vollzogen hat.

4) vgl. oben S.30 ff.

sisch nicht beteiligten Personen Aussteller jedenfalls der ist, für den die in der Urkunde enthaltene Erklärung unbedingt (d.h. unanfechtbar 1) und unaufhebbar 2) und jedem gegenüber 3)) gilt, und dass damit jedenfalls dann keine unechte Urkunde zustandekommt, wenn eine derartige Beziehung den als Aussteller Erscheinenden mit der Urkunde verbindet.

Erscheint nämlich eine Person als Aussteller in einer Urkunde, für die die in ihr enthaltene Erklärung unbedingt (d.h. unanfechtbar, unaufhebbar und jedem gegenüber) gilt, kann nicht von einer Gefährdung der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs gesprochen werden. Das Vertrauen des Rechtsverkehrs in die zwischen dem angeblichen Aussteller und der Urkunde bestehenden Beziehungen ist nicht erschüttert, wenn eine Person als Aussteller erscheint, für die die in der Urkunde enthaltene Erklärung in dieser Weise gilt und damit ebenso oder u.U. - man denke an den Fall des mit dem Namen des Nichtvollgeschäftsfähigen zeichnenden gesetzlichen Vertreters - sogar stärker wirkt als die physische Vollziehung durch diese Person.

Die physische Beziehung zu einer Urkunde kann damit nicht allein als die Ausstellereigenschaft begründend angesehen werden und es ist auch möglich, dann zu einer echten Urkunde zu kommen, wenn der als Aussteller Erscheinende zu ihr in einer nichtphysischen Beziehung steht. Die Anhänger der faktischen Theorie gehen damit zu weit, wenn sie nur diejenigen Urkunden als echt ansprechen, die vom angeblichen Aussteller physisch herrühren.

- b) Die im Falle unbedingter Gültigkeit sich aus dem Zweck des § 267 ergebende Strafflosigkeit kann nur über den Wegfall der objektiven Tatbestandsmässigkeit erreicht werden.

Oben unter III 4) wurde gezeigt, dass auch die Anhänger der faktischen Theorie zur Strafflosigkeit bei nicht vom angeblichen Aussteller physisch herrührenden Urkunden kommen, indem sie sich auf das Fehlen ausserhalb der objektiven Tatbestandsmässigkeit liegender Merkmale berufen. Sie kommen dabei dann zur Strafflosigkeit, wenn die in der Urkunde enthaltene Erklärung für den an ihrer Herstellung physisch nicht Beteiligten gilt 5).

-
- 1) Die Anfechtbarkeit ergibt sich bei der Vertretung etwa aus der Anfechtbarkeit der Vollmacht, (vgl. oben S.49). Über die Anfechtbarkeit eines Blanketts vgl. S. 65.
 - 2) vgl. oben S.68 (betr. hoheitl. Handeln)
 - 3) Über die Möglichkeit, dass diese Wirkung nur bestimmten Personen gegenüber eintritt, vgl. oben S.48f. u. S.65
 - 4) vgl. oben S.85 ff.
 - 5) Obwohl sie, soweit es jedenfalls die Fremdzeichnung durch einen selbständig Handelnden betrifft, die Zulässigkeit teilweise ganz ablehnen (FRANK § 267

Den hier gemachten Ausführungen kann mit Rücksicht auf diese Darlegungen nicht entgegengehalten werden, dass in den Fällen, in denen eine Fremdzeichnung dem Zweck des § 267 entsprechend nicht strafwürdig erscheint, es nicht unbedingt erforderlich sei, das Entfallen der Strafbarkeit aus dem Fehlen der Unechtheit herzuleiten.

Geht man nämlich der faktischen Theorie entsprechend von der Unechtheit aller vom angeblichen Aussteller nicht physisch herrührenden Urkunden aus, so kann man die Strafbarkeit für den Fall, dass die Erklärung für den angeblichen Aussteller unbedingt gilt, nur schwer oder jedenfalls nur in einer den Grundsätzen der Strafrechtsordnung widersprechenden Weise herleiten.

Nicht herangezogen werden kann insbesondere das Merkmal "zur Täuschung im Rechtsverkehr", womit sich auch die Unrichtigkeit der Auffassung derer ergibt, die im Falle der Gültigkeit für den nicht zeichnenden angeblichen Aussteller das Entfallen des gleichbedeutenden 1) Merkmals der "rechtswidrigen Absicht" annehmen 2).

Beide Merkmale bedeuten nämlich nach der h. M. die Absicht, "den Adressaten durch Täuschung über die Echtheit der Urkunde zu einem rechtserheblichen Verhalten zu bestimmen" 3). Die Tatsache, ob die Erklärung in der Urkunde für den angeblichen Aussteller gilt, ist damit ohne Einfluss auf das subjektive Tatbestandsmerkmal in § 267, wenn man von der faktischen Theorie ausgeht; denn die Absicht des Herstellers der Urkunde, über die Echtheit, d. h. also über den tatsächlichen Vollzieher zu täuschen, ist völlig unabhängig von dem Umstand, ob die Erklärung in der Urkunde für den angeblichen Aussteller gilt.

Als zweite Möglichkeit, im Falle der unbedingten Gültigkeit zur Straflosigkeit zu kommen, wenn man von der faktischen Ausstellertheorie ausgeht, bietet sich die Berufung auf den Wegfall der RW 4).

Diesen Weg, das Entfallen der Strafbarkeit zu begründen, steht nicht, wie

Fortsetzung der Fussnote 5), Seite 91:

Anm. V 1b; FUHRMANN, S. 1 ff.). Nur für den Fall der gesetzlichen Schriftform verneint Schnelke (S. 20 ff.) die Zulässigkeit. Unklar ist die Stellungnahme Ranfts (vgl. oben S. 52 Anm. 2 Abs. 3)

1) vgl. oben S. 1 ff.

2) So P. Merkel JW 1931 S. 1196 (vgl. oben S. 88) und teilweise Rock (vgl. oben S. 89 Anm. 1); anders wohl Frank (vgl. oben S. 88, der in seinen Ausführungen wenigstens nicht erkennen lässt, dass er die Gültigkeit als Voraussetzung für den Wegfall des Merkmals der "rechtswidrigen Absicht" ansieht.

3) vgl. oben S. 1 ff.

4) Diesen Weg beschreiten die oben S. 85 f. angeführten Anhänger der faktischen Theorie.

Kohlrausch-Lange meint 1), der Umstand entgegen, dass Träger des in § 267 geschützten Rechtsguts die Allgemeinheit ist. Dies hat nämlich nur insofern Bedeutung, als über eine Einwilligung des Namensträgers die RW nicht beseitigt werden kann 2).

Denkbar bliebe immer noch die Möglichkeit, unter Heranziehung des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung einen Ausschluss der RW dann anzunehmen, wenn das private bzw. öffentliche Recht die Gültigkeit einer mit fremdem Namen unterzeichneten Urkunde bejahen 3) 4).

-
- 1) KOHLRAUSCH-LANGE § 267 Anm. IV 2
 - 2) So auch die h. M., vgl. MAURACH BT, S.422; SCHÖNKE-SCHRÖDER § 267 Anm. VIII; FRANK § 267 Anm. V 1b; RG 5, 151 (153); RG HRR 1934 Nr.153; FUHRMANN, S.42 f.; HORSTMANN, S.64; RANFT, S.100 ff.; SCHEIBER, S.58 ff.; SCHNELKE, S.52; TIMCKE, S.104; - a. A. nur HIPPEL, Lb., S. 334 Anm.4, der Einwilligung für möglich hält, obwohl er das Delikt gemäss § 267 auch als gegen die Interessen der Allgemeinheit verstossend ansieht (vgl. S.340)
 - 3) Die Rechtmässigkeit aus den entsprechenden Normen des privaten und öffentlichen Rechts leiten auch die oben (s.S. 85 f.) erwähnten Vertreter der faktischen Theorie ab. Sie lassen wenigstens durchwegs nicht erkennen, dass sie in der Einwilligung des Namensträgers einen Rechtfertigungsgrund sehen. Vgl. insbes. RG 5, 151 und Frank ZStW 32, S.95, die ausdrücklich der Einwilligung keine rechtfertigende Wirkung beilegen. Sehr deutlich auch die Ausführungen Boldts (DR 1941, S.992), die zwar im Falle rechtsgültiger Fremdzeichnung den Ausschluss der RW annehmen (vgl. oben S.86), jedoch ausdrücklich betonen, dass der Einwilligung des Namensträgers keine rechtfertigende Kraft beilegt werden könne.
 - 4) Auf die Möglichkeit, mit Hilfe der "Einheit der Rechtsordnung" nicht strafwürdige Fälle der Fälschung aus dem Bereich der UF auszuschneiden, weist auch TIMCKE, S.196 ff. hin, der diese Möglichkeit dann aber selbst ablehnt (vgl. Timcke, S.106 ff. und 119) und zu einem nichtphysischen Ausstellerbegriff kommt (vgl. unten S.142 ff.) - Falsch ist übrigens, wenn er in dem Zusammenhang (S.102 f.) annimmt, dass im Falle des Rechtswidrigkeitsausschlusses bei der UF auch die Tatbestandsmässigkeit ausgeschlossen sei und dies damit begründet, dass dann die entsprechende Absicht des Täters "erlaubt" sei und es der Ausfüllung dieses subjektiven, zur Tatbestandsmässigkeit der Handlung gehörenden Merkmals ermangele. Timcke geht nämlich dabei irrigerweise davon aus, dass das subj. Tb-Merkmal in § 267 sich auf die RW beziehe, was jedoch weder nach der n.F. noch nach der a.F. ("rechtswidrige Absicht") der Fall ist (vgl. oben S.1 ff.)

Im Bereich des Möglichen liegt es auch, die RW mit der Begründung zu verneinen, dass der Zweck des § 267 in den Fällen unbedingter Gültigkeit für den angeblichen Aussteller keine Bestrafung erheische 1).

Ob die beiden in Erwägung gezogenen Wege, in dem Falle unbedingt gültiger Fremdzeichnung zur Verneinung der RW und damit der Strafbarkeit zu kommen, richtig sind, kann dahingestellt bleiben. Den Wegfall der Strafbarkeit mit dem Entfallen der RW zu begründen, kommt nämlich schon deshalb nicht in Frage, weil das Strafrecht in einem Rechtfertigungsgrund stets eine Ausnahme sieht. Gerade bei der Häufigkeit unbedingt gültiger Fremdzeichnungen könnte man nicht mehr sagen, dass dieses Erfordernis erfüllt wäre, der Ausschluss der RW wäre dann schon fast die Regel 2).

Bei dem rechtsgültig mit fremdem Namen Zeichnenden entstünde, sofern man jedenfalls der entsprechenden reichsgerichtlichen Rechtsprechung und dem damit übereinstimmenden Schrifttum folgt, eine ähnliche Situation wie bei dem ärztlichen Eingriff, der nach Reichsgericht und dem im folgenden Schrifttum tatbestandsmäßig stets eine Körperverletzung darstellt 3).

Während aber dort die Fassung des § 223 eine solche Auffassung immerhin noch naheliegend erscheinen lässt, lässt das Merkmal der unechten Urkunde in keiner Weise die Tendenz erkennen, nur diejenigen Urkunden aus ihrem Bereich auszuschneiden, die von dem angeblichen Aussteller auch physisch herrühren.

Die dritte Möglichkeit, von der faktischen Theorie ausgehend, im Falle unbedingt gültiger Fremdzeichnung zur Straflosigkeit zu gelangen, bliebe schliesslich die Berufung auf das Fehlen der Schuld. Denkbar wäre dabei die Berufung auf das Fehlen einer der beiden Schuldbestandteile Vorsatz und Bewusstsein der Rechtswidrigkeit 4).

Von der Schwierigkeit abgesehen, die bestehen würde, wenn man die Straf-

-
- 1) Auf die Möglichkeit, über den Zweck des § 267 in bestimmten Fällen der Fremdzeichnung zur Verneinung der RW und damit der Strafbarkeit zu kommen, weist auch TIMCKE, S. 108 ff. hin, der allerdings diese Möglichkeit dann selbst ablehnt (vgl. insbes. S. 119) und zu einem nichtphysischen Ausstellerbegriff kommt (vgl. unten S. 142 ff.), obwohl er sich auf mehreren Seiten seiner Arbeit (vgl. Timcke, S. 108 ff.) über die Voraussetzungen auslässt, die vorliegen müssten, damit dem Zweck des § 267 entsprechend die RW entfiele.
 - 2) Mit ähnlicher Begründung lehnt auch Timcke die Möglichkeit ab, über die Verneinung der RW zur Straflosigkeit im Falle der Fremdzeichnung zu gelangen (vgl. TIMCKE, S. 119).
 - 3) vgl. die Übersicht bei KOHLRAUSCH-LANGE § 223 Anm. III.
 - 4) Aus dem Fehlen des Bewusstseins der RW leiten Ranft und Fuhrmann die Straflosigkeit der Fremdzeichnung in bestimmten Fällen ab (vgl. oben S. 89 f.).

losigkeit speziell aus dem Fehlen des Vorsatzes ableiten wollte 1), scheidet die Möglichkeit, das Entfallen der Strafbarkeit mit dem Fehlen der Schuld zu begründen, aus ähnlichen Gründen aus wie die Berufung auf einen Rechtfertigungsgrund. Auch die Berufung auf die Schuldlosigkeit sollte immer der letzte Rettungsanker sein. Es geht keinesfalls an, die Vielzahl der rechtsgültig mit fremdem Namen Zeichnenden, deren Verhalten dem Zweck des § 267 entsprechend nicht strafwürdig erscheint, auf diese ultima ratio zu verweisen.

Gegen diese Lösung des Problems spricht auch der Umstand, dass sich der rechtsgültig mit fremdem Namen Zeichnende, der die Auffassung der faktischen Theorie kennt, stets der UF schuldig machen würde 2), ein Ergebnis, das einer zweckbetonten Auslegung des § 267 nach dem oben Ausgeführten 3) niemals entsprechen kann.

c) Zusammenfassung

Der Zweck des § 267 ergab, dass eine UF nicht vorliegen könne, wenn die Urkunde für den angeblichen Aussteller unbedingt (d.h. unanfechtbar, unaufhebbar und jedem gegenüber) gilt. Die nach dem Zweck des § 267 orientierte Auslegung ergab demgemäss für den Ausstellerbegriff, dass unter dem Aussteller jedenfalls auch derjenige zu verstehen ist, für den die in der Urkunde enthaltene Erklärung unbedingt gilt.

Dass der Weg, über einen nichtphysischen Ausstellerbegriff zu der bei der unbedingt gültigen Fremdzeichnung wünschenswerten Strafflosigkeit zu kommen, allein richtig ist, wurde durch den Nachweis bestätigt, dass man von einem nur faktischen Ausstellerbegriff ausgehend nur unter grossen Schwierigkeiten und unter Verstoss gegen grundlegende Regeln der Strafrechtsordnung zur Straffreiheit in den Fällen kommen kann, in denen der Zweck des § 267 eine solche erfordert.

2. Vervollständigung der bisher gewonnenen eigenen Ansicht

Die bisherige Auslegungsarbeit ergab, dass, sofern eine nichtphysische Beziehung für die Ausstellereigenschaft in Frage kommt, Aussteller jedenfalls derjenige ist, für den die in der Urkunde enthaltene Erklärung unbedingt (d.h. unanfechtbar, unaufhebbar und jedem gegenüber) gilt.

Das Wort "jedenfalls" liess bereits erkennen, dass die Echtheit physisch nicht vom angeblichen Aussteller herrührender Urkunden nicht unter allen Um-

-
- 1) Sollte etwa schon der Vorsatz fehlen, wenn der Täter weiss, dass die Urkunde nicht von dem angeblichen Aussteller physisch herrührt, also die nach der faktischen Theorie die Echtheit begründenden Tatsachen kennt, jedoch glaubt, die Urkunde sei echt.
 - 2) Darauf weist schon GERSCH, S. 59 hin.
 - 3) vgl. oben S. 90 ff.

ständen von dem unbedingten Wirken der Erklärung für diesen abhängig ist. Auch geht bereits aus den obigen Darlegungen hervor 1), dass ein ausserhalb der Rechtsbeziehungen zwischen dem angeblichen Aussteller und dem faktischen Vollzieher liegender Umstand bei zweckbetonter Auslegung die Echtheit nicht beeinträchtigt, selbst wenn dadurch die Erklärung nicht für und gegen den angeblichen Aussteller wirkt. Bereits oben wurde nämlich herausgestellt, dass Aussteller der ist, für den die Erklärung unbedingt so oder stärker wirkt, als hätte er sie selbst physisch vollzogen. Damit beeinflusst aber die Tatsache, dass das von einem Bevollmächtigten, einem Schreibgehilfen oder einem Blankettausfüller beurkundete Rechtsgeschäft unwirksam oder anfechtbar ist, nicht unbedingt die Echtheit einer von den genannten Personen mit dem Namen des Auftraggebers unterzeichneten Urkunde. Da nämlich derartige Umstände grundsätzlich die Gültigkeit der Vollmacht oder des Schreib- bzw. Blankettauftrags nicht beeinflussen 2), wird auch hier die Wirkung erzielt, als hätte der angebliche Aussteller die Urkunde über das unwirksame bzw. anfechtbare Rechtsgeschäft selbst vollzogen.

Die Echtheit wird nur dann beseitigt, wenn etwa die Vollmacht, der Schreib- oder Blankettauftrag selbst unwirksam bzw. anfechtbar 3) sind oder wenn die Erklärung zwar so wirkt, als hätte der angebliche Aussteller sie selbst vollzogen, diese Wirkung aber nicht jedem gegenüber besteht 4) oder durch Anfechtung oder auf sonstige Weise beseitigt werden kann 5); denn dann kann nicht mehr davon gesprochen werden, dass die Erklärung unbedingt so wirkt, als hätte sie der Namensträger selbst vollzogen.

1) vgl. oben S. 91

2) vgl. oben S. 46 ff.

3) In gewissem Sinne lässt auch das Urteil des Reichsgerichts vom 14. 7. 1941 (RG 75, 285) erkennen, dass die Anfechtbarkeit der Bevollmächtigung die Unechtheit bedingen kann. Dort wird angeführt (S. 287), dass sich eine Berufung auf die Ermächtigung des Namensträgers dann als nicht möglich erweise, wenn diese auf einem Willensmangel beruhe und dieser dem Unterzeichner bekannt sei. Von der Darstellung im Text weicht jedoch das Reichsgericht insofern grundlegend ab, als es ausdrücklich ablehnt, die Echtheit mit der Anfechtbarkeit der Ermächtigung in Zusammenhang zu bringen (S. 287). - Zu der Frage vgl. ferner JAGUSCH LK Bem. 7 vor § 267; SCHWARZ § 267 Anm. 4 A; MÜHLMANN-BOMMEL § 267 Anm. 6 u. OLG Stuttgart NJW 1951, S. 206, die mit Hinweis auf RG 75, 258 die Berufung auf die Ermächtigung des Namens-trägers ablehnen, wenn diese auf "einem dem Täter bekannten Willensmangel beruht." Einen Willensmangel hält allerdings das OLG Stuttgart bereits für gegeben, wenn der Namensträger das Einverständnis aus 'Einfalt' und 'Gutmütigkeit' gegeben hat.

4) vgl. oben S. 48 f. u. S. 65

5) Hingewiesen sei auf die möglicherweise gegebene Anfechtbarkeit der Vollmacht; vgl. ferner S. 65 über die Anfechtbarkeit bei der Blankettausfüllung.

Die Darlegungen zeigen, dass es zweckmässiger ist, für die Ausstellereigenschaft zu verlangen, dass die Erklärung für die als Aussteller in Frage kommende Person unbedingt, d.h. unanfechtbar, unaufhebbar und jedem gegenüber, ebenso oder stärker wirkt, als hätte sie die Urkunde selbst vollzogen. Das bloss Abstellen auf das unbedingte Wirken bzw. Gelten für eine Person würde dagegen nach dem Ausgeführten zu Zweifeln Anlass geben.

Soweit eine juristische Person oder eine nicht rechtsfähige Personengemeinschaft als Ausstellerin in Frage kommt 1), muss entsprechend darauf abgestellt werden, ob die Erklärung unbedingt ebenso oder stärker wirkt, als hätte ein befugter Vertreter die Urkunde selbst vollzogen.

Als Ergebnis kann damit für den Ausstellerbegriff, soweit eine nichtphysische Beziehung zur Urkunde für die Echtheit entscheidend sein soll, folgendes festgehalten werden:

Aussteller einer Urkunde ist derjenige, gegen den die in der Urkunde enthaltene Erklärung nach den Bestimmungen des privaten oder öffentlichen Rechts unbedingt (d.h. unanfechtbar, unaufhebbar und jedem gegenüber) ebenso oder stärker wirkt, als hätte er sie selbst bzw. - im Falle juristischer Personen und nicht rechtsfähiger Personengemeinschaften - sein befugter Vertreter vollzogen 2).

Zu bemerken ist noch, dass die Vorschriften des bürgerlichen und öffentlichen Rechts, die eine rückwirkende Herstellung bzw. Beseitigung des für die Echtheit erforderlichen Wirkens der urkundlichen Erklärung, sich auf die strafrechtliche Echtheit nicht auswirken. Im Strafrecht kommt es in derartigen Fällen in Bezug auf die Echtheit bzw. Unechtheit stets nur zu einer ex-nunc-Wirkung 3).

1) vgl. oben S. 6

2) Eine ähnliche Auffassung vertritt im Prinzip Schönke (SCHÖNKE-SCHRÖDER § 267 Anm. VI und SCHÖNKE DStR 1943, S. 143), wenn er eine Urkunde für echt hält, die auf Grund seiner Vertretungsmacht rechtlich ebenso wirkt wie bei Schaffung durch den Namensträger selbst. Die Auffassung Schönkes erkennt jedoch nicht, dass dieser Grundsatz noch einer gewissen Einschränkung und einer gewissen Erweiterung bedarf, wie dies die hier erarbeitete Definition zeigt. (Über weitere Ablehnungsgründe der Schönke'schen Auffassung vgl. unten S. 120). Noch grössere Ähnlichkeit mit der hier gefundenen Ausstellerdefinition hat der privatrechtliche Echtheits- bzw. Fälschungsbegriff Schumanns (vgl. SCHUMANN, S. 9)

3) vgl. Näheres unten S. 106 f.

3. Die Argumente gegen die oben unter 1. und 2. erarbeitete Auffassung erweisen sich als unbegründet

Gegenüber dem unter 1. und 2. gefundenen Ergebnis vermögen die Argumente der faktischen Theorie, die nur den als Aussteller ansehen will, der die Urkunde physisch hergestellt hat, und die Argumente derer, die zwar eine nichtphysische Beziehung genügen lassen, jedoch hierfür von den obigen Ausführungen abweichende Bedingungen aufstellen, nicht zu überzeugen.

a) Die oft zu beobachtende unrichtige Wahl des zivilrechtlichen Ausgangspunktes

Unrichtig ist vor allem der vielfach aus Ausgangspunktgewählte Standpunkt, dass zivilrechtlich eine Fremdzeichnung, von der Schreibgehilfenschaft abgesehen, nicht zulässig sei, wie des Frank 1) und Fuhrmann 2) ganz generell, Schnellke 3) für die Fälle der gesetzlich gebotenen Schriftform und Ranft 4) in nicht eindeutig feststellbarem Umfange vertreten.

Die oben 5) durchgeführten zivilrechtlichen Erörterungen ergaben nämlich, dass auch ausserhalb des Falles der Schreibgehilfenschaft eine Zeichnung mit fremdem Namen grundsätzlich zulässig ist und eine Verpflichtung für den an der physischen Herstellung nicht beteiligten Namensträger entstehen kann, und zwar grundsätzlich 6) ohne Rücksicht darauf, ob nun Schriftform vorgeschrieben ist oder ob Formfreiheit besteht.

1) vgl. FRANK § 267 Anm. V 1b. Unrichtig ist dabei die Behauptung, die h. M. nähme im Falle des Zeichnens in fremdem Namen unter gewissen Umständen Ausschluss der RW an; denn die folgenden Ausführungen im Text (vgl. unten S. 111 ff.) ergeben, dass die ganz überwiegende Meinung die Ausstellereigenschaft nach nichtphysischen Beziehungen bemisst und damit nicht darauf angewiesen ist, zur Straflosigkeit über einen Rechtfertigungsgrund zu kommen. Von den von Frank für die von ihm als h. M. angesehene Auffassung zitierten Entscheidungen und Autoren vertreten die meisten auch einen nichtphysischen Ausstellerbegriff: So Gerland S. 330 (vgl. unten S. 115), RG 37, 196 (vgl. unten S. 126); RG GA 57, S. 205 (vgl. unten S. 116); RG StRZ 1920, S. 375 (vgl. unten S. 116); Binding S. 233 ff. (vgl. unten S. 121); RG 22, 377 (vgl. unten S. 120 f.); RG 57, 235 (vgl. unten S. 116); RG 43, 348 (vgl. unten S. 127); Oetker, S. 118 ff. (vgl. unten S. 121). Nur die von Frank zitierten Entscheidungen in RG 5, 151; RG 16, 325 und RG 26, 220 gehen, allerdings abweichend von der h. M., von einer faktischen Ausstellertheorie aus und kommen über einen Rechtswidrigkeitsausschluss zur Straflosigkeit (vgl. oben S. 77 ff. und S. 85 f.)

2) FUHRMANN, S. 1 ff.

3) SCHNELKE, S. 20 ff.

4) vgl. oben S. 52 Anm. 2 Abs. 3

5) vgl. oben S. 45 ff.

6) Ausnahme etwa: Beim Testament ist keine Fremdzeichnung möglich.

Abgesehen von ihrer Unrichtigkeit muss die von zahlreichen Vertretern der faktischen Theorie als Ausgangspunkt für ihre strafrechtlichen Erörterungen vertretene Ansicht über die zivilrechtliche Unzulässigkeit der Fremdzeichnung schon deshalb abgelehnt werden, weil die praktische Brauchbarkeit eines Echtheitsbegriffes, der von einer der absolut h. M. entgegengesetzten Auffassung über die zivilrechtliche Zulässigkeit der Unterzeichnung mit fremdem Namen ausgeht, äusserst zweifelhaft ist.

Die Auffassung derjenigen Vertreter der faktischen Theorie, die die Zulässigkeit des Zeichnens mit dem Namen des Vertretenen generell verneinen, würde bei rechtsgutsorientierter Auslegung allerdings dazu führen, jedenfalls bei Unterzeichnung durch einen selbständig Handelnden nur den als Aussteller anzusehen, der die Urkunde persönlich vollzogen hat; denn das einen nichtphysischen Ausstellerbegriff bedingende Band zu einer nicht an der Herstellung beteiligten Person würde dann fehlen.

Gerade die Unrichtigkeit des von den Vertretern der faktischen Theorie gewählten Ausgangspunktes ergibt aber nach dem oben Ausgeführten, in dem gerade die grundsätzliche Zulässigkeit der Unterzeichnung mit fremdem Namen den Grund für einen nicht rein physischen Ausstellerbegriff bildete, dass die Ausstellereigenschaft nicht nur eine rein physische Beziehung zur Urkunde begründen kann.

Dieses aus der generellen Zulässigkeit der Unterzeichnung mit fremdem Namen für den Ausstellerbegriff folgende Ergebnis wird auch nicht durch die übrigen Argumente der faktischen Theorie beeinträchtigt, die die Frage, ob der Vertreter zivilrechtlich mit dem Namen des Vertretenen zeichnen kann, an sich nicht betreffen, von der zu diesem Problem vertretenen Ansicht also unabhängig sind und insbesondere auch bei Anerkennung der hinsichtlich der Zulässigkeit der Fremdzeichnung absolut h. M. vorgebracht werden können.

b) Unerheblich ist der Anschein persönlicher Vollziehung

So kann gegen eine Berücksichtigung auch nichtphysischer Beziehungen beim Ausstellerbegriff nicht geltend gemacht werden, dass eine handschriftliche Unterzeichnung stets den falschen Anschein erzeuge, als habe der Namensträger selbst unterschrieben 1).

Die oben vom Rechtsgut des § 267 her unternommene Auslegung ergab nämlich nicht, dass eine Gefährdung der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Verkehrs

1) vgl. FRANK § 267 Anm. V 1; BOLDT DR 1941, S. 993/2. Sp.; ROCK, S. 66; ähnlich RANFT, S. 91, der darauf hinweist, dass die Eigenart der eigenhändigen Unterschrift nur dann gewahrt sei, wenn man sich darauf verlassen könne, dass der Namensträger die Unterschrift selbst vollzogen habe, und nur dann die Sicherheit des Rechtsverkehrs gewährleistet sei, wenn die persönliche Beteiligung bewiesen sei.

mit Urkunden schon vorliegt, wenn der angebliche Aussteller sich nicht als der faktische Vollzieher der Urkunde erweist, sondern dass u. U. auch das Bestehen einer psychischen Beziehung des angeblichen Ausstellers zur Urkunde das Vertrauen der Allgemeinheit in den Beweisverkehr mit Urkunden nicht erschüttert 1).

Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass für die "natürliche" Betrachtung das Handgreifliche, Sinnfällige, Körperliche im Vordergrund stehen müsse 2); denn wie eine "natürliche" Betrachtung die Dinge sieht, ist nicht entscheidend; entscheidend ist vielmehr allein, was eine vom Rechtsgut ausgehende Betrachtung ergibt.

c) Unmöglich ist eine Erzwingung zivilrechtlicher Ergebnisse über das Strafrecht

Irrelevant ist auch das Argument Boldts 3), dass man nicht der Vergrößerung gewisser Ausnahmerecheinungen auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts Vorschub leisten dürfe. Boldt übersieht dabei, dass es nicht Aufgabe des Strafrechts sein kann, eine seiner Meinung nach zu weit geratene Auffassung über die Zulässigkeit der Fremdzeichnung vom Strafrecht her in ihrer Auswirkung einzudämmen. Die Zulässigkeit der Fremdzeichnung hat nun einmal jede Untersuchung über die strafrechtliche Echtheit hinzunehmen und das Strafrecht kann sich den daraus ergebenden Folgen nicht verschliessen.

d) Die Argumente Rocks

Nicht überzeugend sind auch die Darlegungen Rocks.

aa) Die sich über mehrere Seiten 4) seiner Arbeit erstreckenden Ausführungen, in denen er über Art. 4, 32, 33 EGBGB und mehrere RG-Entscheidungen das Prinzip einer selbständigen strafrechtlichen Begriffsbildungsmethodik nachweist, fördern seine auf einen faktischen Echtheitsbegriff abzielenden Untersuchungen nicht. Die Existenz einer selbständigen strafrechtlichen Begriffsbildungsmethodik ist nämlich unbestritten 5), das Vorhandensein eines zivilrechtlichen Echtheitsbegriffs, gegen dessen Übernahme Rock ankämpft, ist äusserst zweifelhaft 6) und die Tatsache, dass das Strafrecht eine eigene Begriffsbildungsmethodik kennt, ist endlich kein zwingender Grund für die Annahme eines strafrechtlichen Echtheitsbegriffs, der von einem möglicherweise bestehenden ausserstrafrechtlichen Echtheitsbegriff unbedingt abweichen muss. Die Anerkennung einer selbständigen strafrechtlichen Begriffsbildungsmethodik bietet nämlich nur die Möglichkeit, einen im Strafrecht wie in anderen Rechtsgebieten gleichermassen verwendeten Begriff, für

1) vgl. oben S. 90 ff.

2) BOLDT DR 1941, S. 992

3) BOLDT DR 1941, S. 993/2. Sp.

4) ROCK, S. 24 - 36

5) vgl. unten S. 102/insbes. Anm. 3

6) vgl. SCHUMANN, S. 5, insbes. Anm. 6 dort

das Strafrecht in einem von der ihm in anderen Rechtsgebieten beigelegten Bedeutung abweichenden Sinne zu verstehen. Trotz Anerkennung einer selbständigen strafrechtlichen Begriffsbildungsmethodik wird im Einzelfall die sich aus dem anderen Rechtsgebiet ergebende Bedeutung eines Begriffs auch für das Strafrecht verwendet 1).

Dass die Existenz einer selbständigen strafrechtlichen Begriffsbildungsmethodik nicht zwingend einen eigenen strafrechtlichen Echtheitsbegriff fordert, muss auch Rock anerkennen 2).

bb) Nicht schlüssig sind die Argumente, die Rock für den faktischen Echtheitsbegriff anführt. Er folgert den faktischen Echtheitsbegriff u. a. aus der Tatsache, dass der Fälschungsbegriff so gefasst sein müsse, dass alle strafwürdigen Fälle der UF auch bestraft werden können. Dem muss entgegengehalten werden, dass es zwar richtig ist, den Fälschungsbegriff in dieser Weise zu finden, dass aber gerade nach einer vom Zweck des § 267 ausgehenden rechtsgutsorientierten Betrachtungsweise 3) nicht unbedingt alle Fälle strafwürdig sind, bei denen keine physische Beziehung des angeblichen Ausstellers zur Urkunde besteht 4).

cc) Auch der Umstand, dass der Begriff der unechten Urkunde ein objektives Tatbestandsmerkmal ist, bedingt nicht, wie Rock 5) annimmt, einen nur faktischen Echtheitsbegriff.

Die Eingruppierung eines Begriffs als objektives Tatbestandsmerkmal bedeutet nämlich nur, dass sein Vorliegen von irgendwelchen Motiven, Tendenzen oder Absichten des das Delikt verwirklichenden Täters unabhängig ist, sie bedeutet jedoch insbesondere nicht, dass der Begriff - wie Rock anzunehmen scheint - nicht von bestimmten Willensäußerungen oder Willensbetätigungen anderer Personen abhängig sein kann. Hierfür lassen sich mehrere Beispiele anführen: So rechnet man, von der "rechtswidrigen Absicht" abgesehen, alle übrigen in § 263 aufge-

-
- 1) vgl. etwa den Begriff des Eigentums in den §§ 242 ff., der sich ganz nach dem Zivilrecht richtet. (Vgl. für alle: SCHÖNKE-SCHRÖDER § 242 Anm. III 3 und § 246 Anm. III).
 - 2) vgl. ROCK, S. 38: "Wenn in den vorausgegangenen Abschnitten die Möglichkeit einer eigenen strafrechtlichen Begriffsbestimmung aufgezeigt wurde, so ist nun zu untersuchen, ob der Echtheitsbegriff der Urkunde eine typische strafrechtliche Formulierung erfahren kann und muss oder ob dieser Begriff im Zivil- und Strafrecht ein einheitlicher ist."
 - 3) der sich allerdings ROCK nicht anschliesst, vgl. S. 39: "Die Rechtsgüterfunktion hat sich in eine völkische Ordnungsfunktion verwandelt."
 - 4) vgl. oben S. 90 ff.
 - 5) ROCK, S. 63

zählten Merkmale zum objektiven Tb 1), obwohl die Vermögensverfügung eine Willensbetätigung eines Dritten darstellt. Ob in § 246 eine fremde Sache vorliegt, ist u.U. ganz von der Willensäußerung einer dritten Person abhängig, wenn es sich darum handelt, ob die als Täter in Frage kommende Person eine Sache durch Einigung in Verbindung mit einem Besitzkonstitut oder sonst auf eine Übergabe nicht voraussetzende Weise erworben hat, und dennoch denkt niemand daran, in der Fremdheit der Sache ein subjektives Tb-Merkmal zu sehen.

dd) Auf Seite 64 seiner Arbeit weist Rock auch darauf hin, dass der Echtheitsbegriff so formuliert werden müsse, dass er der "realistischen Natur" des Strafrechts Rechnung trage, wobei die Betrachtung keine rechtliche, sondern eine tatsächliche sei 2).

Auch dieses Argument Rocks vermag die faktische Echtheitstheorie nicht zu stützen. Zwar setzt sich das Strafrecht vielfach über rechtliche Beziehungen hinweg und geht infolge seiner Selbständigkeit in der Begriffsbildung und entsprechend seinen speziellen Zwecken von rein tatsächlichen Vorgängen aus 3), jedoch ist dies keineswegs die Regel. Soweit es der Zweck einer Vorschrift fordert, geht auch das Strafrecht von den auf anderen Rechtsgebieten geschaffenen rechtlichen Beziehungen aus 4). Es kann daher von einer stets nur rein äußerliche Vorgänge berück-

1) vgl. etwa SCHÖNKE-SCHRÖDER § 263 Anm. III; JAGUSCH LK Bem. 8 vor § 263.

2) Auf das Erfordernis einer "tatsächlichen Begriffsformulierung" weist ROCK auch auf Seite 65 hin. Dort begründet er diese Notwendigkeit damit, dass er der Forderung der damaligen Zeit entsprechend auf die "Volkstümlichkeit der tatsächlichen Begriffsbildung" hinweist.

3) vgl. den Begriff des 'Verlobten' in § 52 Abs. II, der keinen privatrechtlich gültigen Verlobnisvertrag voraussetzt (SCHÖNKE-SCHRÖDER § 52 Anm. VII 8 u. a.; RG 10, 117; RG 38, 244), den Begriff des 'Ankaufens' in § 259 und § 184, womit nicht der Abschluss eines gültigen obligatorischen Vertrages im Sinne der §§ 433 BGB gemeint ist (SCHÖNKE-SCHRÖDER § 259 Anm. IV 1a u. a. und SCHÖNKE-SCHRÖDER § 184 Anm. II 3a u. a.), den Begriff des 'Besitzes' in § 246, der entgegen der bürgerlich-rechtlichen Auffassung nur das tatsächliche Herrschaftsverhältnis bedeutet (SCHÖNKE-SCHRÖDER § 246 Anm. IV 1 u. a.; RG 37, 200), vgl. ferner die rein wirtschaftliche Auffassung hinsichtlich des Vermögensbegriffs in § 263 (SCHÖNKE-SCHRÖDER § 263 Anm. VII u. a.)

4) So richtet sich der Begriff der Fremdheit in den §§ 242, 246 ganz nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts (SCHÖNKE-SCHRÖDER § 242 Anm. III 3, § 246 Anm. III); für § 259 ist allgemeine Auffassung, dass keine Hehlerei an einer Sache möglich ist, an der der Täter der Vortat unanfechtbares Eigentum erlangt hat (SCHÖNKE-SCHRÖDER § 259 Anm. IV), eine Voraussetzung, die sich ebenfalls ganz nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts richtet.

sichtigenden, "realistischen" Natur des Strafrechts nicht gesprochen werden.

Ob das Strafrecht an rein äusserliche Vorgänge anknüpft oder ob es rechtliche Beziehungen entscheiden lässt, beurteilt sich vielmehr nach dem Zweck der einzelnen Vorschrift.

Für das Merkmal der unechten Urkunde ergibt sich demnach, dass es keineswegs einem allgemeinen Prinzip zufolge an nur rein faktische Vorgänge anknüpfen darf, sondern vielmehr aus dem Zweck des § 267 zu ermitteln ist, inwieweit faktische Vorgänge und inwieweit Rechtsbeziehungen für dieses Tb-Merkmal massgebend sind.

e) Die gegen eine Verquickung der Echtheit und der Gültigkeit vorgebrachten Argumente

Die Unrichtigkeit der faktischen Theorie, die sich bereits aus der oben unter 1. entwickelten Gültigkeitstheorie ergab, wurde in den obigen Abschnitten a) - d) durch die Unrichtigkeit der von den Vertretern der faktischen Theorie vorgebrachten Argumente bestätigt. Sie wird weiter erhärtet, wenn man die gegen das Abhängigmachen der Echtheit von rechtlichen Beziehungen und speziell gegen die Verquickung der Echtheit mit der Gültigkeit vorgebrachten Argumente untersucht. Ihre Haltlosigkeit bestätigt nämlich die Richtigkeit der einen faktischen Ausstellerbegriff ausschliessenden, hier entwickelten Ausstellertheorie.

aa) Sehr häufig werfen die Vertreter der faktischen Theorie 1) der juristischen Theorie 2) vor, sie verwechsle das für die Ausstellereigenschaft wesentliche Herrühren von einer Person und das die Ausstellerqualität nicht berührende Gelten für eine Person.

Dem kann entgegengehalten werden, dass die Ausstellereigenschaft - wie eine rechtsgutorientierte Auslegung zunächst ergibt 3) - zwar durch eine Beziehung zur Urkunde, also durch ein Herrühren begründet wird, dass jedoch darunter nicht unbedingt ein physisches Herrühren verstanden werden muss. Es genügt vielmehr, wie die weitere Auslegungsarbeit ergab 4), ein rechtliches Herrühren in dem Sinne, dass die in der Urkunde enthaltene Erklärung unbedingt ebenso oder stärker wirkt als hätte sie der angebliche Aussteller selbst vollzogen.

bb) Ein oft gebrauchtes Argument gegen die Gültigkeitstheorie ist auch der Vorwurf, sie ver falle in einen circulus vitiosus, wenn sie die Echtheit und damit

1) FRANK ZStW 32, S. 96; sich anschliessend RANFT, S. 80; SCHNELKE, S. 32

2) Die juristische Theorie vertreten diejenigen, die für die Ausstellerqualität auch Rechtsbeziehungen genügen lassen (vgl. Näheres über diese Theorie unten S. 114 ff.)

3) vgl. oben S. 31 f.

4) vgl. oben S. 90 ff.

die Ausstellereigenschaft von der Gültigkeit abhängig macht, da die Gültigkeit von der Echtheit abhängig sei 1).

Auch diese Ausführungen ergeben nicht die Unrichtigkeit der Gültigkeitstheorie. Es wurde nämlich bereits festgestellt, dass die Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde als solche selbst dann nicht die Gültigkeit des in ihr beurkundeten Rechtsgeschäfts beeinträchtigt, wenn die Urkunde für das Rechtsgeschäft konstitutiv war 2).

cc) Teilweise wird die Gleichsetzung der Echtheit mit der Gültigkeit damit bekämpft, dass auf die verschiedenen Zwecke des Straf- und des Zivilrechts hingewiesen wird. Die Vertreter der faktischen Theorie gehen dabei davon aus, dass es Aufgabe des Zivilrechts sei, zu bestimmen, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, damit für eine bestimmte Person Recht und Pflichten entstehen, während das Strafrecht dazu diene, schutzbedürftige Interessen zu schützen 3).

Das Argument ist zwar insofern richtig, als jedes Teilgebiet der Gesamtrechtsordnung die in seinem Bereich auftauchenden Fragen entsprechend seinen speziellen Zwecken löst, es vermag jedoch nicht, die auf Grund der bisherigen Untersuchungen jedenfalls für den Fall einer nichtphysischen Beteiligung des angeblichen Ausstellers gefundene Abhängigkeit der Echtheit von der Gültigkeit zu widerlegen.

Es ist nämlich auch bei der Unterschiedlichkeit der vom Zivil- und Strafrecht verfolgten Zwecke durchaus nicht ausgeschlossen, dass das Strafrecht seinen Erfordernissen entsprechend das Merkmal der unechten Urkunde in gewissem Umfange von der zivilrechtlichen Gültigkeit abhängig macht.

dd) Die diesbezüglichen Einwendungen Timckes. Unbeachtlich ist auch, wenn Timcke 4) sich gegen eine mit Berufung auf die Sicherheit des Rechtsverkehrs durchgeführte Verquickung der Rechtsgültigkeit mit der Echtheit mit dem Hinweis wendet, dass es der Sicherheit des Rechtsverkehrs gerade entgegenstünde, wenn der im Interesse des Rechtsverkehrs möglichst einfach und klar auszulegende Echtheitsbegriff ausserordentlich problematisch und zu einer komplizierten Frage wird.

Wenn es nämlich der Zweck des § 267 ist, den Rechtsverkehr zu schützen,

1) vgl. BRODMANN, S. 42; PAGEL, S. 256; FRANK ZStW 32, 91; ferner SCHEIBER, S. 39 f. und SCHILDWÄCHTER, S. 43; vgl. auch TIMCKE, S. 140, der annimmt, dass das Zivilrecht erkläre, die durch den Vertreter geschaffenen, mit fremdem Namen unterschriebenen Urkunden seien deshalb rechtsgültig, weil das Strafrecht sie als echt ansähe. (Die von ihm angeführten RG-Entscheidungen (RGZ 58, 387 ff.; RGZ 74, 70/71) lassen übrigens an keiner Stelle eine derartige Ansicht erkennen).

2) vgl. oben S. 45 f.

3) vgl. SCHNELKE, S. 30; FUHRMANN, S. 33; RANFT, S. 25 und 81

4) TIMCKE, S. 134

muss diese Bestimmung auch dessen Komplikationen berücksichtigen. Ein wirksamer Schutz des Rechtsverkehrs ist nur möglich, wenn die ihn schützende Vorschrift dessen Differenzierung berücksichtigt. Andernfalls würde nämlich die Schutzvorschrift dort nicht eingreifen, wo die Sicherheit des Rechtsverkehrs gefährdet erscheint, wie sie umgekehrt häufig Vorgänge unter Strafe stellen würde, die keine Gefahr für die Sicherheit des Rechtsverkehrs darstellen.

Aus denselben Gründen vermag auch die grundsätzlich zu billigende Forderung nach Eindeutigkeit und Allgemeinverständlichkeit der Strafrechtstatbestände 1) nicht eine teilweise Verquickung von strafrechtlicher Echtheit und zivilrechtlicher Gültigkeit zu hindern. Diese Forderung kann nämlich nur im Rahmen einer zweckgerichteten Auslegung berücksichtigt werden. Sie kann keinesfalls dazu führen, einen Begriff nur um dessentwillen eine dem Zweck der den Begriff enthaltenden Vorschrift nicht entsprechende Auslegung zu geben, weil dies zu einer grösseren Kompliziertheit führen würde. Eine in dieser Weise arbeitende Auslegungstechnik würde das Strafrecht mit der zunehmenden Verwicklung der wirtschaftlichen Vorgänge speziell hinsichtlich seiner Vermögens- und Wirtschaftsstrafbestimmungen in gewissem Umfange zu einer stumpfen Waffe machen.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass das Strafrecht vielfach, um einen wirksamen Schutz des jeweiligen Rechtsguts zu erreichen, an rein tatsächliche, den Anschein einer Rechtsbeziehung tragende Vorgänge anknüpft 2), die naturgemäss "eindeutiger" und "allgemeinverständlicher" sind. Einen wirksamen Rechtsgüterschutz vermag nämlich das Strafrecht nur zu bilden, wenn es, je nach den jeweiligen Erfordernissen, die Freiheit hat, an rechtliche oder an tatsächliche Vorgänge anzuknüpfen. Dies bedeutet aber für die Auslegung von in strafrechtlichen Vorschriften gebrauchten Begriffen, dass es ganz von dem Zweck der jeweiligen Vorschrift abhängt, inwieweit ein Begriff durch rein tatsächliche Momente und inwieweit er durch rein rechtliche Umstände begründet wird.

Ohne weiteres zu widerlegen ist auch der auf Seite 127a seiner Arbeit von Timcke gebrachte Einwand, der sich gegen jede "Vergeistigung" des Ausstellerbegriffs und damit auch gegen die Gültigkeitstheorie wendet. Dort macht Timcke nämlich geltend, dass die Vergeistigung dazu führen müsse, auch in den Fällen eine unechte Urkunde anzunehmen, in denen jemand als Bevollmächtigter für eine bestimmte Person zeichnet ("Y für X" oder "für X"), ohne bevollmächtigt zu sein. Er erkennt dabei, dass der Begriff des "angeblichen Ausstellers" sich nicht nach den für den Ausstellerbegriff geltenden Grundsätzen richtet 3), sondern dass als der angebliche Aussteller derjenige anzusehen ist, der nach dem Inhalt der

1) TIMCKE, S.139; vgl. auch WELZEL, S.21 unten.

2) vgl. oben S.102 Anm. 3

3) vgl. oben S.22 f. in Verb. mit S.7 ff.

Urkunde als Garant der Erklärung erscheint 1). Damit liegt aber auch nach einer vergeistigten Auffassung hinsichtlich des Ausstellerbegriffs in den von Timcke erwähnten Fällen keine unechte Urkunde vor, da ja entweder überhaupt niemand als Aussteller erscheint 2) oder der sich mit dem faktischen Vollzieher deckende angeblich Bevollmächtigte als angeblicher Aussteller angesehen werden muss 3).

ee) Das Genehmigungsproblem als Argument gegen die hier vertretene Ansicht. Gegen eine Verquickung der Echtheit mit der Gültigkeit wird auch das Genehmigungsproblem angeführt. Dabei wird geltend gemacht, dass die Echtheit deshalb nicht von der Gültigkeit abhängig gemacht werden könne, weil sonst eine rückwirkende Beseitigung der Echt- bzw. Unechtheit möglich wäre, was strafrechtlich Grundsätzen nicht entspräche 4), da das Strafrecht nicht Zustände interessieren, die eine zurückschauende Betrachtung fingiere, sondern nur Zustände, wie sie zur Zeit der Begehung der Handlung tatsächlich vorhanden wären 5).

Nun ist zwar zuzugeben, dass eine derartige rückwirkende Herstellung der Gültigkeit speziell bei den ohne physische Mitwirkung des angeblichen Ausstellers hergestellten Urkunden, denen es zunächst an der Gültigkeit ermangelte, möglich ist 6).

Richtig ist auch, dass "die ex-tunc-Wirkung des bürgerlichen Rechts keinen Einfluss auf den objektiven strafrechtlichen Tatbestand und auf die objektive Rechtswidrigkeit gewinnen kann, weder pro reo noch contra reum, da einmal ein strafrechtliches Schutzobjekt verletzt ist und eine solche Verletzung als Störung der sozialen Ordnung und des Gemeinschaftswesens strafbar bleiben muss, andererseits aber das Vorhandensein eines solchen Schutzobjekts und dessen Verletzung nicht nachträglich und rückwirkend geschaffen werden kann" 7).

1) vgl. oben S. 22 ff.

2) In dem Falle, wo lediglich "für X" gezeichnet wurde.

3) In dem Falle, wo "Y für X" gezeichnet wurde.

4) FUHRMANN, S. 34 f.

5) FUHRMANN, S. 35

6) vgl. §§ 177, 184 BGB für das Handeln in fremdem Namen; die Bestimmungen finden bei einem Handeln unter fremdem Namen entsprechende Anwendung, wenn dieses nach der Identitätstäuschungstheorie einem Handeln in fremdem Namen gleichsteht (vgl. oben S. 63 ff.)

7) So Schubert in der das Ende seiner Untersuchungen bildenden Zusammenfassung (SCHUBERT, S. 50).

Die Unbeachtlichkeit der eine Rückwirkung vorsehenden Bestimmungen des bürgerlichen Rechts für das Strafrecht wird, von dem Fall der Nichtigkeitserklärung eines Patents abgesehen (vgl. dazu Mezger LK Bem. 9 vor § 51/330), von allen vertreten, die sich mit dem Problem befassen. Vgl. RIEZLER, Rechtswirkungen der bigamischen Ehe, Iherings Jahrbücher, Bd. 66, S. 400 ff. (S. 443 und 475);

Zu weit geht Fuhrmann jedoch, wenn er dann jede Abhängigkeit der strafrechtlichen Echtheit von der zivilrechtlichen Gültigkeit ablehnt. Die in gewissem Umfang erfolgte Gleichstellung der Echtheit mit dem zivilrechtlichen Begriff der Gültigkeit ist nämlich mit Rücksicht auf die zu der Frage der Rückwirkung absolut herrschenden Meinung unter der stillschweigenden Voraussetzung erfolgt, dass die Echtheit insoweit nicht den Regeln für die Gültigkeit folgt, als diese eine rückwirkende Beseitigung oder ein rückwirkendes Aufleben derselben vorsehen 1).

Das Argument Fuhrmanns vermag die hier vertretene Ansicht daher nicht zu treffen, wie auch alle anderen Ansichten, die mehr oder weniger von der Gleichsetzung der Echtheit mit der Gültigkeit ausgehen.

ff) Die Einwendungen Rocks. Gegen die Verquickung der zivilrechtlichen Gültigkeit wendet sich Rock 2) mit der Begründung, dass diese auf dem Gedanken Fortsetzung der Fussnote 7), Seite 106:

SCHEIBER, S. 49, 50, der darauf hinweist, dass eine nachträgliche Genehmigung weder die Tatbestandsmäßigkeit noch die RW eines Verhaltens beseitigen könne; STAUDINGER-COING § 184 Anm. 4 a. E. Die generelle Einflusslosigkeit der eine Rückwirkung vorschreibenden Bestimmungen des bürgerlichen Rechts auf das Strafrecht vertritt auch MEZGER (LK Bem. 9 vor § 51/S. 330, vgl. die dort angeführten Beispiele). Für § 246 betont SCHÖNKE-SCHRÖDER (§ 246 Anm. IV 2), dass, wenn jemand Eigentum durch ein anfechtbares Geschäft erworben hat, er gleichwohl Eigentümer und die ihm übergebene Sache bis zur Anfechtung keine fremde sei, da § 142 Abs. II BGB in strafrechtlicher Hinsicht ohne Bedeutung sei. (Ähnlich für § 246 KG JW 1930, S. 943).

1) vgl. auch RG Recht 1908 Nr. 1458; RG SeuffBl. 73, S. 705; GERSCH, S. 65, die ausdrücklich darauf hinweisen, dass die nachträgliche Genehmigung nur für die zivilrechtliche Wirksamkeit von Bedeutung ist, strafrechtlich jedoch unerheblich ist. Im selben Sinne bezüglich der Anfechtung der Vollmacht (§ 142 BGB) SCHEIBER, S. 47

Gegen die rückwirkende Herstellung der Echtheit durch nachträgliche Genehmigung auch RG JW 1931, S. 1196 (1197); RG JW 1931, S. 1578; JAGUSCH LK Bem. 7 vor § 267, S. 502; MERTGEN, S. 49; SCHEIBER, S. 49; TIMCKE, S. 165.

Unklar ist die Stellungnahme von LENZ, S. 153 und WEISSMANN ZStW 11, S. 36. Ihre Ausführungen lassen nicht erkennen, ob sie der nachträglichen Genehmigung eine ex-tunc-Wirkung oder lediglich eine ex-nunc-Wirkung hinsichtlich der Echtheit zuschreiben.

Eindeutig für die Möglichkeit der rückwirkenden Herstellung der Echtheit durch eine Genehmigung nur HANEBERG, S. 30 ff.

2) ROCK, S. 58

der "akzessorischen Natur" des Strafrechts und der dadurch bedingten "Subsidiarität" beruhe, die dem "heutigen Rechtsdenken" (1944) fremd sei. Ob dieser Einwand Rocks die hier vertretene Gültigkeitstheorie trifft, kann nur festgestellt werden, wenn klar ist, was Rock unter dem "Gedanken der Akzessorietät" und "Subsidiarität" des Strafrechts versteht. Hingewiesen werden muss dabei auf die in dieser Hinsicht herrschende Begriffsverwirrung 1).

Für Rock ist nun der Gedanke der Akzessorietät und Subsidiarität des Strafrechts gleichbedeutend mit der Auffassung, die die Aufgabe des Strafrechts in dem Schutz von Rechtsgütern sieht 2).

Damit trifft er zwar die hier vertretene Auffassung; denn diese geht ja gerade davon aus, dass das Strafrecht rechtsgutorientiert ist 3). Da der Ausgangspunkt seiner Kritik nicht richtig ist, vermögen die Ausführungen Rocks jedoch nicht, die hier vertretene Ansicht zu widerlegen. Es ist nämlich heute wieder allgemein anerkannt, dass das Strafrecht Rechtsgüterschutzfunktion hat 4).

Die von der sog. "Kieler Schule" 5) - unter deren Einfluss auch die Arbeit von Rock steht 6) - aufgestellte Forderung, im Strafrecht ein Instrument zur Wahrung von "Rechtspflicht und Gesinnung" zu sehen, ist als Ausfluss einer rechtsstaatsfeindlichen Auffassung abzulehnen 7).

V. DIE ABLEHNUNG DER FAKTISCHEN THEORIE DURCH DIE h. M. - DIE ARGUMENTE DER h. M.

Der faktische Echtheitsbegriff wird auch von der h. M. abgelehnt, die allerdings nicht - von einigen Ansätzen abgesehen - den hier vertretenen Ausstellerbegriff bejaht, sondern sich ihrerseits wiederum in die verschiedensten, sich einander bekämpfenden Ausstellertheorien aufspaltet, die alle mehr oder weniger eine "geistige" Beziehung zur Urkunde für die Ausstellereigenschaft genügen lassen 8).

Im folgenden sollen nun in Umrissen die Argumente aufgezeigt und gewür-

1) vgl. MAURACH AT, S. 20 ff.; LISZT-SCHMIDT, S. 9; HIPPEL I, S. 31

2) vgl. ROCK, S. 37 und 39

3) vgl. oben S. 15 ff.

4) vgl. MAURACH AT, S. 168

5) vgl. GALLAS, Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung, Gleispach-Festschrift (1936), S. 50 ff.; SCHAFFENSTEIN, Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma, DStR 1937, S. 335 mit weiteren Nachweisen (vgl. S. 335)

6) ROCK, S. 39: "Die Rechtsgüterfunktion hat sich in eine völkische Ordnungsfunktion verwandelt."

7) vgl. MAURACH AT, S. 169

8) vgl. unten S. 111 ff.

digt werden, mit denen sich die h. M. gegen die faktische Ausstellertheorie wendet, soweit sie nicht wegen ihrer Übereinstimmung mit der obigen Darlegung 1) bereits oben erwähnt wurden.

1. Der Einwand der Lebensfremdheit

Das häufigst gebrauchte Argument richtet sich gegen die der faktischen Theorie fehlende Anpassung an die "tatsächlichen Verhältnisse" 2), an das "wirkliche Leben" 3) oder gegen die "Nichtberücksichtigung der Bedürfnisse des Verkehrs" 4) oder des "Bestehens eines Gewohnheitsrechts" 5) durch die faktische Theorie, wobei stets auf die Zulässigkeit bzw. Üblichkeit der Unterzeichnung mit fremdem Namen hingewiesen wird.

Die in diese Richtung gehenden Einwendungen sind für sich betrachtet nicht unbedingt durchschlagend. Aus ihnen folgt nämlich nicht zwingend, dass die Berücksichtigung der zivilrechtlichen Zulässigkeit der Unterzeichnung mit fremdem Namen schon im Rahmen des objektiven Tb erfolgen muss. Die Unrichtigkeit der faktischen Theorie beruht aber gerade darauf, dass ihre Vertreter die Zulässigkeit der Fremdzeichnung bei einer zweckbetonten Auslegung des Merkmals der "unechten Urkunde" nicht in angemessener Weise berücksichtigen.

Die von der h. M. teilweise gemachten Einwendungen enthalten damit jedoch insofern einen richtigen Kern, als die faktische Theorie an einer allerdings von ihnen nicht genau fixierten Stelle des Verbrechensaufbaus die zivilrechtliche Zulässigkeit der Unterzeichnung mit fremdem Namen nur mangelhaft berücksichtigt.

Derselbe Einwand muss auch Maurach 6) entgegengesetzt werden, wenn er auf die Zulässigkeit der Fremdzeichnung anspielend die faktische Theorie mit der Begründung ablehnt, dass sie wohl im Rahmen primitiver Verkehrsanforderungen brauchbar sei, jedoch im modernen Verkehr versage. Auch damit ist nicht zwingend nachgewiesen, dass die Berücksichtigung des modernen Rechtsverkehrs schon im Rahmen des objektiven Tb geschehen müsse.

1) vgl. oben S. 90 ff.

2) VOLWASSEN, S. 24 f.; SCHEIBER, S. 30

3) MERTGEN, S. 43

4) MERTGEN, S. 43; SCHILDWÄCHTER, S. 41; SCHEIBER, S. 30

5) BOCK, S. 41

6) MAURACH BT, S. 429

2. Der Einwand der Existenz unechter Urkunden, die nicht vernichtbar sind

Nicht gegen die faktische Theorie kann ein von Volwassen 1) und Scheiber 2) in die Diskussion gebrachter Umstand verwertet werden. Die Genannten weisen - mit Rücksicht auf die auch von den Vertretern der faktischen Theorie im Falle der Fremdzeichnung oft geforderte Straflosigkeit 3) - darauf hin, dass es bei Anerkennung der faktischen Theorie zahlreiche unechte Urkunden im Verkehr gäbe, deren Gebrauch nicht strafbar wäre und deren Vernichtung durch Richterspruch nicht gestattet wäre.

Da dies kein Verstoß gegen zwingende strafrechtliche Grundsätze wäre, können die diesbezüglichen Ausführungen Volwassens und Scheibers nicht gegen die faktische Theorie verwertet werden.

3. Der Einwand der Nichtverwendbarkeit der unechten Urkunde als Beweismittel

Nicht gegen die faktische Theorie kann geltend gemacht werden, dass eine mit Rücksicht auf die Zulässigkeit der Fremdzeichnung den Namensträger verpflichtende Urkunde wegen ihrer Unechtheit nicht zum Beweise gegen den Namensträger verwendet werden könne 4). Aus der Einstufung in den strafrechtlichen Unechtheitsbegriff folgt nämlich auf Grund der jedem Rechtsgebiet eigenen Begriffsbildungsmethodik nicht ohne weiteres, dass die Urkunde auch im zivilprozessualen Sinne unecht ist und damit der formalen Beweiskraft entbehrt 5).

4. Der Hinweis auf die "Einheit der Rechtsordnung"

Nicht zugestimmt werden kann der Kritik, die Schönke in der Festschrift für Kohlrausch 6) an der faktischen Theorie übt. Er führt dort aus, dass, wenn das Zivilrecht eine Urkunde als echt ansähe, das Strafrecht sie nicht aus zwingenden Gründen als unecht bewerten könne, und weist dabei auf die "Einheit der Rechtsordnung" hin.

Dem muss aber einmal entgegengehalten werden, dass die Existenz eines ei-

1) VOLWASSEN, S. 24

2) SCHEIBER, S. 30

3) vgl. oben S. 85 ff.

4) So aber WALDEYER, S. 22; sich anschliessend HOPFENSBERGER, S. 15

5) vgl. STEIN-JONAS Vorbem. II vor § 415; SCHÖNKE-SCHRÖDER-NIESE, S. 284; BAUMBACH-LAUTERBACH Vorbem. 3 vor § 415

6) SCHÖNKE FS, S. 256, sich speziell gegen Rock wendend.

genen zivilrechtlichen Echtheitsbegriffs ziemlich zweifelhaft ist 1). Zum anderen ist der Hinweis auf die "Einheit der Rechtsordnung" hier fehl am Platz. Aus diesem heute im Prinzip anerkannten Grundsatz 2) kann allenfalls geschlossen werden, dass ein Vorgang, der von einem Teilgebiet der Gesamtrechtsordnung als rechtmässig angesehen wird, von einem anderen Rechtsgebiet nicht als rechtswidrig bewertet werden kann. Aus ihm folgt jedoch keineswegs, dass ein in mehreren Rechtsgebieten verwendeter Begriff jeweils dieselbe Bedeutung hat 3). Jedes Rechtsgebiet hat seinen Zwecken entsprechend eine eigene Begriffsbildungsmethodik 4). Das Argument Schönkes beruht demnach auf einer fehlerhaften Gleichsetzung des anerkannten Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung mit dem der nicht bestehenden Einheitlichkeit der Rechtsbegriffe.

B. DIE IDEELLE UND DIE KAUSALE AUSSTELLERTHEORIE

I. INHALT UND VERTRETER DER IDEELLEN UND KAUSALEN THEORIE

1. Inhalt und Vertreter der ideellen Theorie

Zu den Vertretern der ideellen Theorie 5) zählen diejenigen, die auch ein blosses

1) vgl. SCHUMANN, S. 5, insbes. Anm. 6 dort.

2) MAURACH AT, S. 23 ff., 239 ff.

3) MAURACH AT, S. 23 ff.. Dort wird der Grundsatz von der Einheitlichkeit des Unrechts bejaht (insbes. S. 23 u.), in gleichem Zusammenhang jedoch auch die Möglichkeit spezifisch strafrechtlicher Begriffe anerkannt (vgl. S. 24 u. f.)

4) MAURACH AT, S. 81

5) Der Ausdruck "ideelle Theorie" wird schon seit längerer Zeit in Dissertationen verwendet; es wurden jedoch mit ihm teilweise andere Ansichten über den Ausstellerbegriff bezeichnet wie in dieser Arbeit. So wurden zur "ideellen Theorie" stets auch die Vertreter der kausalen Theorie gezählt, die für die Ausstellerqualität auch eine Verursachung fordern (vgl. unten S. 112 ff.) (vgl. FUHRMANN, S. 21; HOPFENSBERGER, S. 18; ROCK, S. 46; SCHEIBER, S. 33; SCHNELKE, S. 13; VOLWASSEN, S. 27; WALDEYER, S. 29; TIMPE, S. 29). Meist werden auch die Vertreter der juristischen Theorien (vgl. darüber unten S. 114 ff.), die eine rechtliche Beziehung zur Urkunde fordern, unter den Begriff der ideellen Theorie gebracht (vgl. FUHRMANN, S. 23; GERSCH, S. 60, 63; HOPFENSBERGER, S. 17, 20; HORSTMANN, S. 15; KNUPE, S. 29 f.; RANFT, S. 59; SCHEIBER, S. 25 f.; SCHILDWÄCHTER, S. 42; SCHNELKE, S. 25 (in bestimmtem Umfang); TIMPE, S. 25; WALDEYER, S. 28) und die "juristische Theorie" lediglich als Unterart der ideellen Theorie aufgefasst. Von einer eigenständigen jurist. Theorie sprechen lediglich BOCK, S. 46 ff.; ROCK, S. 45, 49; VOLWASSEN, S. 20, 25, 31.

Einverständnis mit der Urkundenherstellung für die Ausstellereigenschaft genügen lassen. Diese Ansicht über den Ausstellerbegriff ergibt sich dabei meist aus dem Umstand, dass die Betreffenden für die Echtheit ein Einverständnis des angeblichen Ausstellers genügen lassen.

Einen ideellen Ausstellerbegriff vertrat demnach das preussische Obertribunal in mehreren zu § 247 PrStGB gefällten Entscheidungen 1), ferner ihm folgend Oppenhoff 2), wenn er mit Berufung auf OT GA 6, S. 244 unter der "fälschlichen Anfertigung" einer Urkunde die Herstellung einer Urkunde ohne den Willen des Namensträgers versteht. Den ideellen Ausstellerbegriff vertreten auch noch mehrere RG-Entscheidungen 3) 4) 5), die jeweils für die Echtheit eine Herstellung mit Willen des angeblichen Ausstellers verlangen.

2. Inhalt und Vertreter der kausalen Theorie

Schärfere Anforderungen an den Ausstellerbegriff stellen bereits diejenigen, die ein blosses Einverständnis nicht genügen lassen, sondern ausserdem eine Verursachung fordern.

Auf der Grenze zwischen ideellem und kausalem Ausstellerbegriff steht Rietsch, der einmal 6) für die Ausstellerqualität der nicht an der Herstellung der Urkunde phy-

-
- 1) So in OT GA 6, S. 82 ("verfälscht, wenn wider Willen") und wohl auch in OT GA 6, 244, wenn sich auch hier mit dem Abstellen auf die "Berechtigung" ein Anklang an einen eine rechtliche Beziehung fordernden Ausstellerbegriff ergibt.
Unrichtig jedenfalls FRANK ZStW 32, S. 82 Anm. 1, der glaubt, das Obertribunal lege in den beiden Entscheidungen dem Einverständnis eine lediglich die RW ausschliessende Wirkung bei.
Eine ideelle Auffassung hinsichtlich der Ausstellereigenschaft vertritt das Obertribunal schliesslich in einer Entscheidung vom 1. 3. 1867 (OT bei Opp. 8, S. 142). Dort wird ausgeführt, "dass von einer fälschlichen Anfertigung nur dann die Rede sein könne, wenn derjenige, welcher die Urkunde herstellt, ohne den Willen desjenigen handelte, welcher durch die Urkunde verpflichtet sein soll" (zit. nach Volwassen, S. 26)
 - 2) OPPENHOFF § 267 Anm. 18
 - 3) RG 15, 4 (8)
 - 4) RG 26, 270 (271) fordert für die Echtheit, dass die Urkunde mit dem Willen ihres angeblichen Ausstellers hergestellt oder doch wenigstens seinem Willen gemäss in den Rechtsverkehr getreten ist.
 - 5) RG 29, 357 (359) - wörtlich übereinstimmend mit RG 26, 270 (271)
 - 6) RIETSCH, S. 614: "Erscheint jedoch der Vollmachtgeber als Aussteller, so ist sie nur echt, wenn sie von ihm tatsächlich veranlasst ... bzw. auf Grund der Vollmacht als veranlasst anzusehen ist."

sisch Beteiligten eine kausale Beziehung fordert, andererseits 1) aber auch wieder eine rein ideelle Ausstellertheorie vertritt 2).

Eindeutig vertritt Stein 3) einen kausalen Ausstellerbegriff, wenn er als echt jede Urkunde ansieht, für deren Herstellung der Wille des Ausstellers 4) kausal ist. Paul Merkel 5) lässt lediglich in einem Nebensatz erkennen, dass er möglicherweise eine geistige Urheberschaft entscheiden lässt 6). An einer Stelle seiner Ausführungen ist auch Jagusch 7) Anhänger des kausalen Ausstellerbegriffs, wenn er sagt, dass die Frage der Urheberschaft sich nach dem allgemeinen Kausalbegriff richte und der Aussteller der Urkunde demnach derjenige sei, der ihr Zustandekommen willentlich und wissentlich verursacht habe 8).

II. KRITIK DER IDEELLEN UND KAUSALEN THEORIE

Ob es richtig ist, für die Ausstellerqualität lediglich eine ideelle bzw. kausale Beziehung zu fordern, kann nur gesagt werden, wenn man prüft, ob eine Person, die zu einer Urkunde in einer derartigen Beziehung steht, in ihr erscheinen kann, ohne damit Sicherheit und Zuverlässigkeit des Beweisverkehrs mit Urkunden zu gefährden und insbesondere das Vertrauen der Allgemeinheit in die zwischen der als Aussteller erscheinenden Person zur Urkunde zu erschüttern 9).

Dabei ergibt sich, dass eine lediglich ideelle bzw. kausale Beziehung niemals für die Ausstellereigenschaft genügen kann. Der Rechtsverkehr vertraut nämlich, wenn die angegebene Person schon nicht physisch an der Herstellung

- 1) So, wenn er auf S. 619 auch einer nachträglichen Genehmigung des als Aussteller Erscheinenden echtheitsbegründende Wirkung beilegt. Vgl. ferner RIETSCH, S. 736: "Ich selbst sehe jede Urkunde als echt an, die ein Dritter mit Wissen und Willen des Ausstellers statt diesem angefertigt hat."
- 2) Rietsch nennt die Echtheit zwar etwas Tatsächliches (S. 614). Dadurch erscheint er jedoch nicht als Vertreter der faktischen Theorie. Dies zeigen seine in der obigen Anm. wiedergegebenen Ausführungen; vgl. aber auch Rietsch, S. 614, wo er ausdrücklich darauf hinweist, dass die Beziehung zur Urkunde zwar tatsächlich sein müsse, dass jedoch auch eine mittelbare Beziehung genügen müsse.
- 3) STEIN, S. 117
- 4) Gemeint ist der als Aussteller Erscheinende.
- 5) MERKEL, S. 24
- 6) Unrichtig daher jedenfalls SAUER, S. 197; der P. Merkel zu den Vertretern der Körperlichkeitstheorie rechnet.
- 7) JAGUSCH LK Bem. 3b vor § 267; vgl. aber auch unten S. 122, 148.
- 8) Die Verursachung kann dabei in eigenhändiger Vollziehung oder in dem Vollziehenlassen durch andere bestehen, die je nachdem Willensvertreter oder bloße Werkzeuge sind.
- 9) vgl. oben S. 30 f.

der Urkunde beteiligt ist, zumindest darauf, dass für die als Aussteller erscheinende Person die in der Urkunde enthaltene Erklärung unbedingt (d. h. unanfechtbar, unaufhebbar und jedem gegenüber) ebenso oder stärker wirkt, als hätte diese sie selbst ausgestellt 1). Eine nur in einem Einverständnis mit der Herstellung einer Urkunde bzw. in einem bewussten Verursachen der Herstellung bestehende Beziehung zur Urkunde bewirkt jedoch nicht stets ein derartiges Gebundensein der das Einverständnis erklärenden bzw. der die Herstellung verursachenden Person an die in der Urkunde enthaltene Erklärung. Ein Einverständnis mit der Herstellung der Urkunde bzw. eine Verursachung der Herstellung derselben stellt nämlich nicht stets eine Bevollmächtigung zur Abgabe der in der Urkunde enthaltenen Erklärung bzw. einen Schreibauftrag dar 2). Aber selbst wenn dies - wie es auch in der Regel der Fall sein wird - zutrifft, so folgt daraus nicht unbedingt eine Bindung des Bevollmächtigenden bzw. des den Schreibauftrag Erteilenden im oben dargelegten Sinne 3).

Erwies sich die ideelle bzw. kausale Theorie auf Grund der bisherigen Kritik als zu weit, so zeigen bestimmte Fälle, dass sie andererseits auch zu eng geraten ist. So muss die kausale bzw. ideelle Theorie eine unechte Urkunde annehmen, wenn ein gesetzlicher Vertreter oder ein Prokurist im Rahmen seiner Vertretungsmacht eine Willenserklärung enthaltende Urkunde mit dem Namen des Vertretenen unterzeichnet und dieser der Herstellung der Urkunde widersprochen hat. Eine am Rechtsgut des § 267 orientierte Auslegung ergibt jedoch auf Grund der trotz des Widerspruchs bestehenden Bindung des angeblichen Ausstellers, dass eine echte Urkunde vorliegt.

Wie hier wendet sich gegen die ideelle Theorie mit dem Hinweis auf die gesetzliche Stellvertretung Haneberg 4).

C. DIE JURISTISCHEN THEORIEN

Zu den juristischen Theorien sollen alle die Ansichten gezählt werden, die die Ausstellereigenschaft nach Rechtsgrundsätzen bemessen 5).

-
- 1) vgl. oben S. 90 ff.
 - 2) vgl. oben S. 46 ff.
 - 3) vgl. oben S. 45 ff. . Bevollmächtigung und Schreibauftrag können unzulässig sein. Die für ein Wirken der Erklärung für den Namensträger neben einer gültigen Vollmacht erforderlichen Voraussetzungen (Handeln in fremdem Namen bei der Stellvertretung, Identitätstäuschung (vgl. oben S. 64) beim Handeln unter fremdem Namen) können fehlen.
 - 4) HANEBERG, S. 24 weist darauf hin, dass es bei Fällen der gesetzlichen Stellvertretung auf den Willen des angeblichen Ausstellers nicht ankomme.
 - 5) In diesem Sinne wird die Bezeichnung "juristische Theorie" bereits seit längerem verwendet. Vgl. BOCK, S. 46/47; FUHRMANN, S. 23; RANFT, S. 59, 66;

I. DIE THEORIE DER BLOSSEN GÜLTIGEN ERMÄCHTIGUNG BZW. BERECHTIGUNG

1. Inhalt

Teilweise lässt die Literatur und Rechtsprechung neben der faktischen Vollziehung eine durch ein blosses Einverständnis ("Bevollmächtigung", "Ermächtigung", "rechtsverbindlicher Auftrag", "rechtlich zulässiges Einverständnis") begründete Beziehung für die Ausstellereigenschaft genügen. Die hier in Frage stehende Literatur und Rechtsprechung lässt die Echtheit - und dies unterscheidet sie von der "Täuschungstheorie" 1) - insbesondere nicht entfallen, wenn das Einverständnis zum Zwecke einer irgendwie gearteten Täuschung gegeben wurde oder eine irgendwie geartete Täuschung durch die Urkunde bewirkt wurde.

2. Die Vertreter

Eine blossе Bevollmächtigung durch den angeblichen Aussteller lässt Gerland 2) für die Echtheit und damit für die Ausstellereigenschaft entscheidend sein. Er sagt, dass der Umstand, dass die Unterschrift zum Zwecke der Täuschung eines Dritten auf die Urkunde gesetzt wurde, die Echtheit nicht ausschliesse.

Eine durch die Bevollmächtigung begründete Berechtigung zur Zeichnung mit dem Namen des Geschäftsherrn lässt Schmidt 3) für die Ausstellereigenschaft genügen. Er weist ausdrücklich darauf hin, dass eine UF nicht deswegen vorliege, weil der Gegner irrtümlich (getäuscht) die Urkunde für eine vom Geschäftsherrn geschriebene angesehen habe. Seine Ausführungen über die Telegrammfälschung lassen vermuten, dass er im Falle der Schreibgehilfenschaft eine lediglich ideelle Beziehung genügen lassen will.

Einen bloss rechtsgültigen Auftrag lassen auch Goldschmitt 4) ("rechtsverbindlicher Auftrag") und P. Merkel 5) ("Ermächtigung") für die Ausstellereigen-

Fortsetzung der Fussnote 5), Seite 114:

ROCK, S. 49; SCHEIBER, S. 25 f.; VOLWASSEN, S. 31. Von "juristisch-ideeller Theorie" sprechen WALDEYER, S. 28 und HOPFENSBERGER, S. 20; von "eingeschränkt-ideeller Theorie" GERSCH, S. 63. - Über die teilweise im Schrifttum erfolgende Unterstellung der "juristischen Theorie" unter den Begriff der ideellen Theorie vgl. oben S. 111 Anm. 5 a. E.

1) vgl. unten S. 120 ff.

2) GERLAND, S. 437

3) SCHMIDT, S. 325

4) GOLDSCHMITT GS 55, S. 170

5) P. MERKEL, JW 1925, S. 2376 in Anm. zu einem Urteil des OLG Stettin

schaft genügen. Letzterer nimmt dann ausdrücklich auch in den Fällen Echtheit an, in denen für die abzugebende Erklärung Eigenhändigkeit vorgeschrieben ist.

Für die Echtheit lässt Maassen 1) genügen, dass der Unterzeichnende die Vollmacht des Namensträgers zur Vertretung in der Unterschrift hat.

Nicht ganz klar ist die Stellungnahme bei Liszt-Schmidt 2). Dort wird zwar ein nach dem Zivilrecht bzw. öffentlichen Recht zulässiges Einverständnis - das in den Fällen, in denen eine Stellvertretung unzulässig ist oder aus sonstigen Gründen die Ermächtigung zur Zeichnung mit fremdem Namen unerlaubt erscheint, entfallen soll - als ausreichend angesehen, um die Tatbestandsmässigkeit zu beseitigen. Aus der Zitierung von RG 43, 349 könnte man jedoch entnehmen, dass bei Liszt-Schmidt die dort 3) gebilligte Täuschungstheorie 4) vertreten wird.

Ein blosses rechtsgültiges Einverständnis des Namensträgers bzw. eine Vertretungsmacht lassen u. U. auch mehrere höchstrichterliche Entscheidungen für die Ausstellereigenschaft genügen 5).

1) DREHER-MAASSEN § 267 Anm. 3

2) LISZT-SCHMIDT, S. 743 Anm. 3

3) vgl. unten S. 127

4) Über diese vgl. unten S. 120 ff.

5) vgl. RG Rspr. III, 816 (schriftliche Vollmacht); RG GA 37, S. 281 (282) (echt, weil bevollmächtigt); RG 52, 382 (383) (Die Echtheit der von der Ehefrau mit dem Namen des Ehemannes unterzeichneten Urkunde wird lediglich von dem Umfang der Schlüsselgewalt abhängig gemacht); ebenso für den ähnlichen Fall RG Recht 1907 Nr. 840; RG DJZ 1907, S. 196 (Die Unechtheit eines im Auftrag des Erblassers errichteten Testaments wird mit dem Hinweis bejaht, dass keine rechtswirksame Beauftragung vorgelegen habe); RG GA 55, S. 229 (Die Echtheit einer von einer OHG herrührend erscheinenden Unterschrift wird von der Geschäftsführungsbefugnis des unterzeichnenden Gesellschafters abhängig gemacht); RG GA 57, S. 205 = RG DJZ 1909, S. 1500 (Echtheit hängt von der Ermächtigung ab); RG 45, 327 (Echtheit wird von rechtswirksamer Bevollmächtigung abhängig gemacht); RG GA 62, S. 147 (Echtheit eines im Auftrag des Erblassers hergestellten Testaments wird mit dem Hinweis auf das Fehlen einer rechtswirksamen Ermächtigung verneint); RG 52, 12 (rechtliche Befugnis); RG StRZ 1920, S. 375 (Dort wird ausdrücklich gesagt, dass der Zweck gleichgültig sei, zu dem die Ausstellung erfolgt; vgl. dagegen die Täuschungstheorie (unten S. 120 ff.)); RG 57, 235 (Testamentsfall - Unechtheit, weil keine rechtswirksame Beauftragung vorhanden); RG LZ 1924, Sp. 645 (Echtheit von Eisenbahnfreikarten, die ein Beamter ausstellt, obwohl nur seine Untergebenen dazu befugt sind, wird von der rechtlichen Wirksamkeit abhängig gemacht); OLG Dresden, Höchststrichterliche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Strafrechts, Sonderbeilage zu ZStW Bd. 47, S. 194 (Vollmachtserteilung entscheidend. Der von

3. Kritik

Die Theorie des blossen rechtsgültigen Einverständnisses in dem Sinne, wie sie oben unter 1. und 2. dargestellt wurde, kann nicht gebilligt werden. Die bisherige Untersuchung ergab nämlich, dass eine nicht physisch vom angeblichen Aussteller herrührende Urkunde nur echt ist, wenn die in der Urkunde enthaltene Erklärung für diesen unbedingt (d. h. unanfechtbar, unaufhebbar und jedem gegenüber) so oder stärker wirkt, als hätte dieser sie selbst ausgestellt. Diesem Ergebnis wird jedoch die Theorie des blossen rechtsgültigen Einverständnisses nicht gerecht; denn ein unbedingtes Wirken der Erklärung in dem genannten Sinne für den angeblichen Aussteller kommt durch eine rechtsgültige Ermächtigung als solche bzw. durch das Bestehen einer Vertretungsmacht als solches nicht zustande. Hierfür bedarf es nämlich noch anderer Erfordernisse (Handeln in fremdem Namen bei der Stellvertretung, Identitätstäuschung beim Handeln unter fremdem Namen) 1).

II. DIE GÜLTIGKEITSTHEORIE

1. Inhalt und Vertreter der Gültigkeitstheorie

Zur Gültigkeitstheorie seien diejenigen gerechnet, die für die Ausstellereigenschaft neben der rein tatsächlichen Vollziehung nicht lediglich ein gültiges Einverständnis genügen lassen, sondern als Aussteller nur den ansehen, für den die

Fortsetzung der Fussnote 5), Seite 116:

dem Angeklagten verfolgt Zweck, seine Persönlichkeit zu verschleiern, reicht nicht aus, die Unterschrift als fälschlich angefertigt anzusehen); RG JW 1931, S. 1196 (1197) (Vollmacht oder Auftrag des Namensträgers für Echtheit entscheidend); RG JW 1931, S. 1578 Nr. 36 (Unechtheit, weil ohne Vollmacht oder Einwilligung des Namensträgers); RG HRR 1934 Nr. 153 (Keine unechte Urkunde, wenn durch Bevollmächtigten des Namensträgers unterschrieben); RG 69, 117 (Für eidesstattliche Versicherung - lässt nur rechtliche Gesichtspunkte entscheidend sein); RG HRR 1939 Nr. 398 (Ermächtigung entscheidend); RG 74, 210 (Blankettfall - Reichsgericht macht Echtheit von Ermächtigung abhängig. Ermächtigung sei nicht deshalb unbeachtlich, weil gegen die guten Sitten verstossend, sondern nur deshalb, weil Ermächtigung zur Anfertigung einer Urkunde mit sittenwidrigem oder gar strafbarem Inhalt nicht allgemein erteilt werden dürfe); RG LZ 1916, Sp. 616 (Bereits Anklang an die heute herrschende "Dreipunktetheorie" (vgl. darüber unt. S. 134 ff.), wenn für die Echtheit neben der Vertretungsmacht verlangt wird, dass der Unterzeichner als Vertreter handeln wollte.)

1) vgl. oben S. 50 und S. 64

in der Urkunde enthaltene Erklärung "gilt" bzw. von dem sie "rechtlich herrührt".

Ein Vertreter dieser Ansicht ist Lenz 1). Nach ihm ist eine Urkunde echt, wenn sie tatsächlich oder rechtlich von demjenigen herrührt, welcher als Aussteller aus derselben allein oder im Zusammenhange mit der Verkehrssitte zu entnehmen ist 2). Jede Herstellung durch irgendeine Person, welche rechtlich als Herstellung des auf der Urkunde erscheinenden Ausstellers gelte, schaffe eine echte Urkunde 3). Damit sieht Lenz in dem Aussteller denjenigen, der die Urkunde selbst hergestellt hat, oder von dem sie rechtlich herrührt.

In ähnlicher Weise fasste schon Weissmann den Ausstellerbegriff. Nach ihm ist eine Urkunde dann echt, wenn der angebliche Aussteller auch wirklich zu ihr in einer solchen Beziehung steht, dass ihr Inhalt dem Rechte nach als seine Erklärung gilt 4). Eine in der Urkunde enthaltene Erklärung gilt nach Weissmann stets für den angeblichen Aussteller, wenn dieser die Urkunde selbst hergestellt hat 5). Ebenso wie bei Lenz kann man also auch von Weissmann sagen, dass er neben einer tatsächlichen Vollziehung eine rechtliche Beziehung für die Ausstellereigenschaft genügen lässt. Die von ihm geforderte rechtliche Beziehung besteht dabei in dem Gelten der Erklärung für den angeblichen Aussteller 6).

Für den Bereich der Stellvertretung ist auch Schöнке - wenigstens hinsichtlich eines Teils seiner Ausführungen 7) - Anhänger der Gültigkeitstheorie. Nach ihm 8) rührt 9) nämlich eine Urkunde von jemandem her, wenn er sie entweder selbst geschaffen hat oder wenn dies zwar ein anderer getan hat, sie aber auf Grund einer Vertretungsmacht rechtlich ebenso wirkt wie bei Schaffung durch den Namensträger selbst.

2. Kritik der Gültigkeitstheorie

Die Vertreter der Gültigkeitstheorie verdienen jedenfalls inso weit grundsätzlich Zu-

1) LENZ, S.150 ff.

2) LENZ, S.151

3) LENZ, S.152

4) WEISSMANN ZStW 11, S.17

5) WEISSMANN ZStW 11, S.17, 28 f.

6) vgl. auch WEISSMANN ZStW 11, S.35: "Die Echtheit ist überhaupt keine körperliche Eigenschaft der Urkunde, sondern eine ideelle Beziehung, kein faktischer, sondern ein Rechtsbegriff."

7) Daneben erscheint Schöнке auch als Vertreter der "Dreipunktetheorie" (vgl. unten S.135 ff.)

8) SCHÖНКЕ-SCHRÖDER § 267 Anm.IV; SCHÖНКЕ DSrR 1943, S.143. Die Auffassung weist grosse Ähnlichkeit mit dem privatrechtlichen Echtheitsbegriff Schumanns auf (vgl. Schumann, S.9)

9) Das "Herrühren" begründet die Ausstellereigenschaft (vgl. die übrigen Ausführungen bei Schöнке)

stimmung, als sie die Ausstellereigenschaft einer Person davon abtönig machen, dass die in der Urkunde enthaltene Erklärung dem Recht nach für diese Person wirkt. Sie liegen nämlich damit auf der Linie der bisher hier erarbeiteten Ansicht, die für die Ausstellereigenschaft einer nicht mit dem tatsächlichen Vollzieher identischen Person im Prinzip ein Wirken der Erklärung für diese Person fordert 1).

Nicht gebilligt kann jedoch werden, wenn die Vertreter der Gültigkeitstheorie jedes Wirken der Erklärung für den angeblichen Aussteller als für die Echtheit ausreichend ansehen; denn die obigen 2) Darlegungen ergaben, dass nur ein unbedingtes (d.h. unanfechtbares, unaufhebbares und jedem gegenüber bestehendes) Gelten für den angeblichen Aussteller als echtheitsbegründend in Frage kommt.

Nicht gebilligt werden können auch die Grundsätze, nach denen die Vertreter der Gültigkeitstheorie teilweise ein Wirken der in der Urkunde enthaltenen Erklärung für den angeblichen Aussteller annehmen. So ist es zwar richtig, wenn Lenz 3) sagt, dass hierfür diejenigen Bestimmungen des positiven privaten und öffentlichen Rechts in Betracht kommen, welche die Ausstellung der betreffenden Urkunden durch einen anderen als die "Urkundsperson" normieren. Für das heutige Recht geht es jedoch zu weit, wenn er beim Bestehen einer rechtsgültigen Vollmacht ohne Rücksicht darauf, ob ein Vertretungsverhältnis erkennbar ist oder nicht, eine echte Urkunde annimmt, und damit entsprechend seinem Echtheitsbegriff unter allen Umständen ein rechtliches Herrühren der Erklärung von dem Bevollmächtigenden für gegeben hält. Aus dem privaten und öffentlichen Recht ergibt sich nämlich, dass die rechtsgültige Bevollmächtigung hierfür nicht allein entscheidend ist 4).

Wie Lenz nimmt auch Weissmann, mit dem heute geltenden Recht nicht übereinstimmend, in bestimmten Fällen ein Wirken einer verkörperten Erklärung für den an der physischen Herstellung der Urkunde nicht Beteiligten an. So ist nach Weissmann 5) im Falle der Schreibgehilfenschaft die Urkunde stets echt, die in ihr enthaltene Erklärung gilt also für den Veranlassenden entsprechend der Weissmannschen Echtheitsdefinition in jedem Fall der Schreibgehilfenschaft für den Auftraggeber. Nach heutigem Recht hat jedoch die Schreibgehilfenschaft nicht stets zur Folge, dass die wiedergegebene Erklärung für den Auftraggeber gilt 6). Vom heutigen Rechtszustand aus ist es weiterhin nicht zu billigen, wenn

1) vgl. oben S. 90 ff.

2) vgl. oben S. 91

3) LENZ, S. 152

4) vgl. oben S. 50, 64, 68 ff.

5) WEISSMANN ZStW 11, S. 29

6) vgl. oben S. 46

Weissmann 1) im Falle der Stellvertretung ein Gelten der Erklärung des Vertreters für den Vertretenen schon annimmt, wenn lediglich das Vertretungsverhältnis besteht 2).

Eine keineswegs mit dem geltenden Recht übereinstimmende Auffassung vertritt auch Schönke, wenn man die Gesamtheit seiner Ausführungen betrachtet. Er 3) bemisst nämlich die Echtheit einer von einem Vertreter mit dem Namen des Vertretenen unterzeichneten Urkunde nach der "Dreipunktetheorie" 4), wobei die von ihm vertretene Auslegung derselben 5) in keiner Weise der bisher hier erarbeiteten und auch von Schönke an bestimmten Stellen 6) anerkannten Prinzip entspricht, dass die Echtheit der nicht physisch von dem angeblichen Aussteller herrührenden Urkunden grundsätzlich davon abhängig ist, ob die in den Urkunden enthaltenen Erklärungen für den angeblichen Aussteller ebenso oder stärker wirken, als wenn dieser sie selbst geschaffen hätte 7).

III. DIE TÄUSCHUNGSTHEORIE

1. Inhalt der Täuschungstheorie

Unter dieser Bezeichnung seien die Vertreter der früher herrschenden 8) Ansicht zusammengefasst, die für die Echtheit der nicht physisch vom angeblichen Aussteller herrührenden Urkunde grundsätzlich die rechtsgültige Ermächtigung des angeblichen Ausstellers und manchmal auch ein Gelten der in der Urkunde enthaltenen Erklärung für diesen verlangen, im Gegensatz zur Ermächtigungs- und Gültigkeitstheorie jedoch die Ermächtigung des angeblichen Ausstellers bzw. das Gelten der Erklärung für diesen nicht stets für ausreichend halten, sondern trotz Vorliegens dieser Voraussetzungen eine unechte Urkunde annehmen, wenn eine Täuschung über die Person des Handelnden bewirkt bzw. auch nur bezweckt wird.

1) WEISSMANN ZStW 11, S. 35

2) vgl. oben S. 50 und 64

3) SCHÖNKE-SCHRÖDER § 267 Anm. VI 1; SCHÖNKE DSr 1943, S. 143

4) vgl. darüber unten S. 134 ff.

5) vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER § 267 Anm. IV 2 und SCHÖNKE FS, 255. Zwischen den an diesen beiden Stellen erfolgten 'Auslegungen' bestehen dabei erhebliche Unterschiede (vgl. unten S. 136)

6) vgl. oben S. 97 Anm. 2

7) vgl. unten S. 138, wo dies bezüglich der im Kommentar (vgl. unten S. 138) und bezüglich der in der Kohlrausch-Festschrift (vgl. unten S. 138) dargelegten 'Auslegungen' der Dreipunktetheorie bewiesen wird.

8) Jedenfalls bis zum RG-Urteil vom 9. 12. 1940 (RG 75, 47 = RG DR 1941, S. 992). Das Urteil führt den Umschwung zur Dreipunktetheorie herbei (vgl. unten S. 135)

Dies zeigt sich bei einem Teil der Vertreter dieser Theorie darin, dass sie trotz Vorliegens der oben genannten Voraussetzungen eine unechte Urkunde annehmen, wenn über die Person des physischen Ausstellers eine Täuschung bewirkt bzw. auch nur bezweckt wird, bei den übrigen Anhängern der Täuschungstheorie geht das daraus hervor, dass sie die Echtheit dann verneinen, wenn der physische Hersteller als die Person auftritt, für die er zeichnungsberechtigt ist, bzw. ein derartiges Auftreten auch nur bezweckt ist.

Zu bemerken ist, dass zwischen den beiden erwähnten "Unterarten" der Täuschungstheorie kein grundsätzlicher, sondern nur ein terminologischer Unterschied besteht. Dies geht schon einmal daraus hervor, dass oft 1) die Begründung beider "Unterarten" herangezogen wird, um die Unechtheit zu begründen; zum anderen aber auch daraus, dass das Auftreten als Ermächtigender, sofern eine mit dem Namen des Ermächtigenden unterzeichnete Urkunde vorliegt, auch eine Täuschung über den physischen Aussteller bewirkt wird.

2. Die Vertreter der Täuschungstheorie

a) Die Vertreter der Täuschungstheorie im Schrifttum

Zu den Vertretern der Täuschungstheorie gehört u. a. Binding. Nach ihm genügt für die Echtheit einer in fremdem Namen hergestellten Urkunde die rechtsgültige Vollmacht, die Urkunde im Namen des Vollmachtgebers auszustellen, sofern "keine Täuschung über die Identität des Ausstellers bezweckt wird" 2). Er führt weiter aus 3), dass eine Fälschung vorliegt, wenn der Namensträger einem Dritten den Gebrauch seines Namens gestatte, damit dieser sich für ihn ausgeben könne, da hier gerade die Täuschung über den Aussteller Platz greife.

Ähnlich wie Binding Oetker, der für die Echtheit der nicht physisch vom angeblichen Garanten der Erklärung herrührenden Urkunde grundsätzlich die Vollmacht des angeblichen Ausstellers fordert 4), die Echtheit trotz Vollmacht jedoch dann verneint, wenn sie nicht erteilt ist, damit der Machtgeber durch den Bevollmächtigten repräsentiert werde, sondern für den ersteren gehalten werden solle 5).

1) vgl. unten S. 122, 128/4. Abs., 129/3. Abs.

2) BINDING, S. 234. Gemeint ist damit der physische Aussteller; denn anders kann die Ausführung, sofern sie sinnvoll sein soll, nicht verstanden werden. Vgl. auch die weiter unten im Text wiedergegebenen Ausführungen bei Binding, S. 234 Anm. 2

3) BINDING, S. 234 Anm. 2

4) OETKER, S. 118

5) OETKER, S. 118 Anm. 5/3. Abs.. Unrichtig, wenn Frank § 267 Anm. V 1b und Waldeyer, S. 22 oben, annehmen, dass nach Oetker die Ermächtigung des angeblichen Ausstellers lediglich die RW ausschliesse.

Zu den Vertretern der Täuschungstheorie im hier verstandenen Sinne zählt auch Olshausen. Er hält eine Urkunde für echt, wenn sie entweder von dem selbst errichtet ist, der sich als ihr Aussteller bezeichnet, oder von einer Person, die mit seinem Willen handelt, sei es als Werkzeug oder als rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher Vertreter 1). Er schränkt jedoch dann seine Ausführungen ein, indem er eine UF für möglich hält, wenn sich der den fremden Namen Benutzende als Träger dieses Namens ausgibt 2).

Anhänger der Täuschungstheorie ist auch Schwarz 3). Er nimmt Echtheit an, wenn die Urkunde vom angegebenen Aussteller herrührt oder von der Person, die dieser befugterweise zur Leistung seiner Unterschrift ermächtigt hat. Für den Fall, dass sich der Vertreter selbst als Träger des Namens ausgibt 4) und für den Fall, dass die Unterschrift gerade zur Täuschung über die Person des Ausstellers 5) benutzt werden sollte, nimmt er Unzulässigkeit der Ermächtigung und damit Unechtheit an 6).

Von den Dissertationen bekennen sich die Arbeiten von Stahlbock 7) und Siburg 8) zur Täuschungstheorie.

Hinsichtlich eines Teils seiner Ausführungen muss auch Jagusch 9) hierher gerechnet werden, wenn er als echt eine Urkunde bezeichnet, die ein offener 10) Vertreter kraft rechtsgültiger Ermächtigung unter dem Namen des Vertretenen errichtet, also wie ein Teil der oben genannten Autoren neben der Ermächtigung für die Echtheit das Erfordernis aufstellt, dass keine Identitätstäuschung bewirkt wird.

Einen Anklang an die Theorie vom Funktionieren der Vollmacht 11) weisen

1) OLSHAUSEN § 267 Anm. 26 Ib

2) OLSHAUSEN § 267 Anm. 26 IIIa

3) SCHWARZ § 267 Anm. 4A

4) Zur Berufung auf RG 26, 220 vgl. unten S. 124

5) Der Begriff des Ausstellers wird hier im Sinne des physischen Herstellers gebraucht (aus denselben Gründen wie bei Binding, vgl. oben S. 121 Anm. 2)

6) Schwarz beruft sich dabei auf RG 75, 46 und RG 76, 127. Beide Entscheidungen vertreten jedoch die "Dreipunktetheorie" (vgl. unten S. 135)

7) STAHLBOCK, S. 93. Er nimmt im Falle der Unterzeichnung mit fremdem Namen bei rechtsgültiger Vollmacht eine echte Urkunde an, vorausgesetzt, dass keine Täuschung über die Identität des Ausstellers vorliegt.

8) SIBURG, S. 33. Siburg, der grundsätzlich eine echte Urkunde annimmt, wenn jemand im Rahmen eines Vertretungsverhältnisses mit dem Einverständnis des Namensträgers eine Urkunde mit dessen Namen unterzeichnet (S. 33), verneint die Echtheit, wenn der Anschein falscher Identität erweckt wird (S. 46).

9) JAGUSCH LK Bem. 7 vor § 267; vgl. aber auch oben S. 113 (Jagusch als Vertreter der kausalen Theorie) und unten S. 148

10) Sperrung vom Verfasser

11) Über diese unten S. 131 ff.

die Ausführungen Mittelbachs 1) auf. Er lässt zwar in Übereinstimmung mit der Täuschungstheorie entscheidend sein, dass ein falscher Anschein hinsichtlich des Urhebers der Erklärung erweckt wird, nimmt jedoch einen derartigen falschen Anschein gerade in dem Falle an, in dem der Namensträger seinen Namen gleichsam ausleiht, und bringt dies mit der nach seiner Ansicht gegebenen Unzulässigkeit der Fremdzeichnung in Zusammenhang, die er wiederum auf das Nichtbestehen eines Vertretungsverhältnisses zurückführt. Damit nähert er sich aber in gewissem Umfange der Theorie vom Funktionieren der Vollmacht; denn auch diese fordert grundsätzlich für die Echtheit ein wirksames Vertretungsverhältnis, dessen Bestehen sie unter Berufung auf § 164 BGB dann verneint, wenn der Unterzeichner nicht im Namen des Namensträgers handelt 2), der Namensträger also seinen Namen gleichsam ausleiht.

b) Die Täuschungstheorie - die vom Reichsgericht überwiegend vertretene Ansicht

Neben den genannten Autoren steht auch die überwiegende Zahl der sich mit dem Problem der Fremdzeichnung befassenden RG-Entscheidungen auf dem Standpunkt der Täuschungstheorie im hier verstandenen Sinne.

Bevor die sich zur Täuschungstheorie bekennenden Entscheidungen des Reichsgerichts aufgezeigt werden, soll zunächst auf einige der früheren zu dem Problem ergangenen Urteile eingegangen werden, die von den sich zur Täuschungstheorie bekennenden Autoren und Urteilen häufig für sich in Anspruch genommen werden, die jedoch nur scheinbar die Täuschungstheorie vertreten.

aa) Die für die Täuschungstheorie angeführten älteren RG-Urteile, die in Wirklichkeit einen faktischen Echtheitsbegriff vertreten

In die Gruppe dieser Entscheidungen gehört das Urteil vom 8.11.1881 3), auf das sich mehrfach Vertreter der Täuschungstheorie berufen 4).

Die Heranziehung der Entscheidung stützt sich wohl auf die Ausführungen auf Seite 153 unten 5), wo das Reichsgericht sagt, dass dann, wenn der Auftrag zur Herstellung einer Unterschrift Dritten gegenüber nicht von rechtlicher Wirksamkeit ist, derjenige rechtswidrig handle, welcher sich zum Zwecke der Täuschung Dritter das Recht der Unterzeichnung mit fremdem Namen anmasst und fälschlich den Schein einer eigenhändigen Unterschrift oder einer rechtsgültigen Stellvertretung bei der Unterschrift herstellt. Die Stelle zeigt jedoch, dass

1) MITTELBACH DR 1942, S.1144

2) vgl. unten S. 131 ff.

3) RG 5, 151

4) vgl. SIBURG, S. 34 (s. o. S. 122); RG 43, 348 (350) (s. u. S. 127); RG 68, 240 (242) (s. u. S. 129)

5) RG 5, 151

das Reichsgericht nicht wie die Täuschungstheorie wegen einer Täuschung über den faktischen Aussteller bei wirksamer Ermächtigung oder wegen einer in ihrer Wirksamkeit durch die Täuschung über die Person des Handelnden beeinträchtigten Ermächtigung UF annimmt, sondern die Täuschung über die Person des faktischen Ausstellers nur deshalb für beachtlich erklärt, weil der Auftrag an sich schon der Rechtswirksamkeit entbehrte. (Hier nach ALR I 13 § 8).

Gegen die Eingliederung der Entscheidung in die Täuschungstheorie spricht schliesslich - und das ist der wohl entscheidende Gesichtspunkt -, dass das Urteil von der faktischen Ausstellertheorie ausgeht 1) und damit dem rechtswirksamen Einverständnis des angeblichen Ausstellers und einer etwa vorliegenden oder bezweckten Täuschung über die Person des Handelnden eine die objektive Tatbestandsmässigkeit nicht beeinflussende Wirkung beimessen muss, während ja nach der Täuschungstheorie diese Umstände gerade die Frage der Echtheit bzw. Unechtheit mit entscheiden.

Die Ansicht der Täuschungstheorie vertritt auch nicht das hierfür öfters 2) in Anspruch genommene Urteil des Reichsgerichts vom 14. 11. 1887 3). Das Urteil kann, wie auch die oben behandelte Entscheidung in RG 5, 151, schon deshalb nicht für die Täuschungstheorie herangezogen werden, da es ebenfalls vom faktischen Echtheitsbegriff ausgeht 4) und damit das Einverständnis und die möglicherweise vorliegende bzw. bezweckte Täuschung über die Person des Handelnden niemals als einen die Echtheit bzw. die Unechtheit beeinflussenden Umstand ansehen kann. Ausserdem stellt auch das Reichsgericht für die Frage, ob eine UF vorliegt, in dieser Entscheidung nicht speziell auf den Umstand ab, ob eine Täuschung über die Person des Handelnden vorliegt oder bezweckt wurde 5).

Nicht zur Täuschungstheorie kann ferner die vom Reichsgericht in der Entscheidung vom 20. 11. 1894 6) vertretene Ansicht gerechnet werden, einer Entscheidung, die ebenfalls die Vertreter der Täuschungstheorie für sich in Anspruch nehmen 7). Auch dieses Urteil geht nämlich vom faktischen Ausstellerbegriff aus 8). Zur Täuschungstheorie tendiert das Urteil allerdings insofern, als es gerade

1) vgl. oben S. 77

2) RG 43, 348 (350) (s. u. S. 127); RG 68, 240 (242) (s. u. S. 129); RG HRR 1934 Nr. 1079 (s. u. S. 128).

3) RG 16, 325. Näheres vgl. oben S. 79 f.

4) vgl. oben S. 79 f.

5) vgl. oben S. 79

7) vgl. BINDING, S. 234 (s. o. S. 121); SCHWARZ § 267 Anm. 4A (s. o. S. 122); RG 43, 348 (353) (s. u. S. 127); RG HRR 1934 Nr. 1079 (s. u. S. 128); RG DJ 1938, S. 1917 (s. u. S. 129)

6) RG 26, 220

8) vgl. oben S. 81

aus dem Umstand, dass der Empfänger über die Person des faktischen Vollziehers getäuscht werden soll, das Vorliegen einer UF folgert 1).

bb) Das Urteil vom 18. 2. 1892 (Erweiterte Täuschungstheorie)

Eine erweiterte Täuschungstheorie vertritt das Urteil vom 18. 2. 1892 2). Der Angeklagte Schw. nahm seinem Vater eine Staatsschuldverschreibung weg und übergab diese dem Mitangeklagten W. Dieser verpfändete die Schuldverschreibung und erhob auf sie 200 M, wobei er sich im Einverständnis mit Schw. als K. Schw. ausgab und die Urkunde mit dem Namen "K. Schw." unterzeichnete.

Das Reichsgericht nimmt UF an. Es geht dabei grundsätzlich davon aus, dass die Zustimmung des Namensträgers zur Herstellung einer Urkunde, die ihn als Aussteller erscheinen lässt, die Fälschung beseitigt 3). Fälschung liege jedoch trotz Zustimmung vor, wenn der Namensträger selbst durch "die Unterzeichnung nicht innerhalb des Kreises der Rechtshandlungen" verbleibe. Ein derartiges Nichtverbleiben "innerhalb des Kreises von Rechtshandlungen" folgert die Entscheidung 4) in dem ihr vorliegenden Falle aus dem Umstand, dass die Anfertigung und der Gebrauch der Urkunde nur vorgenommen worden sei "zum Zwecke der Täuschung des Geldverleihers über das gesamte lügenerische Vorbringen des W., er sei der Sohn des Weichenwärters Schw., er habe von seinem Vater die Schuldverschreibung erhalten und sei von ihm zu ihrer Hingabe ermächtigt worden."

Die Entscheidung befindet sich insoweit in Übereinstimmung mit der Täuschungstheorie, als sie die Unechtheit aus dem Umstand folgert, dass mit Anfertigung und Gebrauch der Urkunde bezweckt wurde, den Empfänger der Erklärung in dem Irrtum zu halten, W. sei der K. Schw.. Soweit jedoch das Reichsgericht die Unechtheit auch aus einer nicht die Person des Handelnden betreffenden Irrtumserregung bzw. aus einer nicht speziell darauf gerichteten Absicht folgert, geht es über die Täuschungstheorie im hier verstandenen Sinne hinaus. Es liegt insoweit auf der Linie von RG 16, 325 und RG 26, 220, die ebenfalls trotz Ermächtigung des angeblichen Ausstellers UF annehmen, wenn eine Täuschung Dritter bezweckt wurde, ohne die Einschränkung zu machen, dass nur eine Täuschung über die Person des Handelnden in Frage kommt.

Diese Angleichung an RG 16, 325 und RG 26, 220 kann aber nicht bedingen, dass die Entscheidung in RG 22, 377 als Vertreterin der faktischen Theorie

- 1) Der Umstand hat nach der Entscheidung die RW zur Folge (vgl. oben S. 81)
- 2) RG 22, 377. Von den Anhängern der "eigentlichen", eingeschränkten Täuschungstheorie wird die Entscheidung teilweise für ihren Standpunkt in Anspruch genommen. Vgl. BINDING, S. 234 (s. o. S. 121); RG 43, 348 (350) (s. u. S. 127); RG 68, 240 (242) (s. u. S. 129); RG DJ 1938, S. 1917 (s. u. S. 129)
- 3) RG 22, 378
- 4) RG 22, 378 unten

angesehen wird. Aus ihr ergibt sich nämlich, dass im Gegensatz zu den die faktische Echtheitstheorie vertretenden Entscheidungen in RG 16, 325 und RG 26, 220 1) das Einverständnis des angeblichen Ausstellers und der etwa vorliegende Täuschungszweck als die Echtheit bzw. Unechtheit beeinflussende Umstände angesehen werden. Die Angleichung an RG 16, 325 und RG 26, 220 besteht nur darin, dass die Entscheidung in RG 22, 377 einen Täuschungszweck in weiterem Umfange (nicht unbedingt auf die Person des Handelnden bezogen) berücksichtigt, als dies die Täuschungstheorie normalerweise tut.

Eine erweiterte Täuschungstheorie im Sinne von RG 22, 377 vertritt auch das von demselben (1.) Senat gefällte, unveröffentlichte Urteil vom 8.7.1901 2). Dort wird trotz wirksamer Zustimmung des Namensträgers Fälschung angenommen, "wenn dieser sich selbst seines Namens nicht zur Vollziehung einer Rechtshandlung, sondern zu rechtswidrigen Zwecken, insbesondere zwecks Gebrauchs des Namens zur Täuschung Dritter, bedienen würde."

cc) Die sich zur Täuschungstheorie bekennenden RG-Urteile

Auf die Täuschung hinsichtlich der Person des Handelnden stellt die Entscheidung vom 6.6.1904 3) ab und kann damit zur Täuschungstheorie gezählt werden 4). Allerdings kann dies nur sehr schwer aus der Entscheidung herausgelesen werden. Der Grund dafür liegt in dem Umstand, dass in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt sowohl das Problem der Unechtheit im Falle der Unterzeichnung mit eigenem Namen als auch das Problem der Unechtheit bei auf Ermächtigung beruhender Fremdzeichnung eine Rolle spielt und das Reichsgericht beide Fragenkomplexe zusammen behandelt.

In dem dem Reichsgericht vorliegenden Fall wollte der Angeklagte (Joh. H.), der als mittellos und kreditunwürdig bekannt war, zur Ausführung eines Baues Kredit erhalten. Er schob zu diesem Zwecke seinen Sohn (Josef H.), von dem er sich Generalvollmacht geben liess, als Unternehmer vor, gab aber den Lieferanten gegenüber sich selbst für Josef H. aus und schloss unter letzterem Namen, ohne seines Sohnes und der ihm erteilten Vollmacht Erwähnung zu tun, Verträge ab, die er mit "Josef H." unterzeichnete.

Das Reichsgericht nahm eine fälschliche Anfertigung an, da der "Sinn der Unterschrift der war, Josef H. sei der für sich selbst Akzeptierende, sich selbst Verpflichtende." Es schneidet damit der Täuschungstheorie entsprechend die Berufung auf die Ermächtigung des angeblichen Ausstellers mit dem Hinweis ab, dass eine Täuschung über die Person des Handelnden vorliegt.

1) vgl. oben S. 79 und S. 81

2) I 2273/01; teilweise wiedergegeben in RG 43, 348 (353 u.), für die Täuschungstheorie in Anspruch genommen von RG 43, 348 (352) (s. u. S. 127)

3) RG 37, 196 (197)

4) vgl. oben S. 120 f.

Ausdrücklich zur Täuschungstheorie bekennt sich die Entscheidung des Reichsgerichts vom 12.4.1910 1). Das Urteil lässt zunächst erkennen, dass es für die Echtheit der nicht physisch vom angeblichen Aussteller herrührenden Urkunden genügen lässt, dass die in der Urkunde enthaltene Erklärung für diesen gilt 2). Sofern die Ermächtigung des angeblichen Ausstellers zu Täuschungszwecken erteilt ist, soll dieser Umstand nur dann erheblich sein, wenn der Täuschungszweck einen für "die Urkundsform, d. h. für den Urkundenbeweis wesentlichen Umstand betrifft, insbesondere also die Person (Identität) des Ausstellers." 3) 4)

Das Reichsgericht geht also der Täuschungstheorie entsprechend davon aus, dass ein Gelten der Erklärung für den angeblichen Aussteller genügt, sofern die Ermächtigung nicht zu dem Zwecke erteilt ist, über den tatsächlichen Vollzieher zu täuschen. Das Urteil bedeutet damit eine Abkehr von der früheren Rechtsprechung des Reichsgerichts 5).

-
- 1) RG 43, 348
 - 2) RG 43, 349 ff., insbes. 350 oben
 - 3) gemeint: des physischen Herstellers
 - 4) RG 43, 352

- 5) Das Urteil bemüht sich zwar nachzuweisen, dass auch bereits die Entscheidungen in RG 5, 151; RG 16, 325; RG 22, 377 (379); RG 26, 220; RG 37, 196 und das unveröffentlichte Urteil des 1. Senats vom 8.7.1901 (I 2273/01) dieselbe Ansicht vertreten haben (vgl. RG 43, 352 ff.)

Soweit dies das Urteil in RG 37, 196 betrifft, mag dies richtig sein. Das Urteil sagt zwar nicht ausdrücklich, dass für die Frage der Echtheit nur dann die Berufung auf die Ermächtigung des angeblichen Ausstellers ausgeschlossen sei, wenn die Täuschung die Person des physischen Ausstellers betreffe, es schneidet jedoch wenigstens für den konkreten Fall die Berufung auf die Ermächtigung mit dem Hinweis auf die vorliegende Täuschung über die Person des Handelnden ab und lässt wenigstens nicht erkennen, dass auch die Täuschung über andere Umstände oder eine darauf gerichtete Absicht die Echtheit trotz Ermächtigung durch den angeblichen Aussteller herbeiführen könne. (Vgl. auch oben S.126).

- Das Urteil in RG 5, 151; die Urteile in RG 16, 325; RG 22, 377; RG 26, 220 und wohl auch das unveröffentlichte Urteil des 1. Senats vom 8.7.1901 (I 2273/01) vertreten jedoch eine von RG 43, 348 abweichende Auffassung. - Bei den Entscheidungen in RG 5, 151; RG 16, 325 und RG 26, 220 ergibt sich dies allein schon daraus, dass sie vom faktischen Ausstellerbegriff ausgehen (vgl. oben S. 77 f., S. 79, S. 81) und daher den rechtlichen Beziehungen zwischen angeblichem Aussteller und Urkunde wie auch einer etwaigen Täuschung über die Person des Handelnden keinen Einfluss auf das Tatbestandsmerkmal der unechten Urkunde einräumen können. Abgesehen davon stellen diese Entscheidungen auch gar nicht speziell darauf ab, ob eine Täuschung über die Person des Handelnden vorliegt oder bezweckt wird. (Forts. S.128)

Die Ansicht dieses Urteils vertreten dann im wesentlichen alle nach ihm ergangenen Entscheidungen des Reichsgerichts bis zu dem Urteil vom 9.12.1940, das den Umschwung zur Dreipunktetheorie brachte 1).

Nach RG Recht 1913 Nr. 2816 schliesst die Einwilligung des Namensträgers, der die Urkunde nicht selbst hergestellt hat, die fälschliche Anfertigung aus, wenn die beabsichtigte Täuschung eines Dritten sich auf die Urkundsform, insbesondere also auf die Person des Ausstellers bezieht, wenn z.B. der Täter sich dem Dritten gegenüber für die Person ausgeben will, mit deren Namen er unterzeichnet hat. Die daran sich anschliessenden Ausführungen lassen erkennen, dass es nach dem Urteil für das fälschliche Anfertigen auch darauf ankommt, ob der Ermächtigende das entsprechende Bewusstsein gehabt hat.

Zur Täuschungstheorie im hier verstandenen Sinne scheint sich auch die un- veröffentlichte Entscheidung des 4. Senates vom 25.10.1921 (IV 753/23) zu be- kennen 2).

Vergleiche ferner das RG-Urteil vom 1.3.1934 3). In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt unterzog sich der Angeklagte für den Abiturienten A. Sch. im Einverständnis mit diesem der Reifeprüfung. Er unterzeichnete alle für die Anmeldung zur Prüfung notwendigen Schriftstücke und die Prüfungsarbeiten selbst mit "A. Sch.". Das Reichsgericht nahm trotz der Ermächtigung durch A. Sch. ein fälschliches Anfertigen an, da der Angeklagte "mit dem Namen Sch. nicht als ein ermächtigter Stellvertreter des Sch., sondern als Träger des Namens Sch., als der Prüfling Sch. selbst, als den er sich fälschlich ausgab", unterzeichnete. Das Reichsgericht weist ausserdem darauf hin, dass der Anschein erweckt werden

Fortsetzung der Fussnote 5), Seite 127:

Die Entscheidung in RG 22, 377 und die wohl (vgl. oben S.126) die gleiche An- sicht vertretende Entscheidung des 1. Senats vom 8.7.1901 (I 2273/01) schreiben dem Einverständnis des Namensträgers wie RG 43, 348 (349) zwar grundsätzlich einen Einfluss auf die Echtheit zu, machen aber von diesem Grundsatz im Unter- schied zu RG 43, 348 (352) nicht nur dann eine Ausnahme, wenn eine Täuschung über die Person des Handelnden vorliegt, sondern auch, wenn eine Täuschung über andere Umstände vorliegt oder bezweckt wird.

Dagegen, dass RG 43, 348 keine Abkehr von der früheren reichsgerichtlichen Recht- sprechung darstellt auch GALLI DJZ 1911, S.624; SIBURG, S.50 f.; LK (4.Aufl.) § 267 Anm.29; WALDEYER, S.35 und HOPFENSBERGER S.26. Zu weitgehend ist es jedoch nach dem oben Ausgeführten, wenn die Genannten dies auch in Bezug auf die Entscheidung in RG 37, 196 behaupten.

1) vgl. unten S.135

2) vgl. hiezu LK (4. Aufl.) § 267 Anm.23

3) RG HRR 1934 Nr.1079

sollte, die Urkunden seien von A. Sch. persönlich hergestellt 1).

In einem ähnlichen Fall 2) führt das Reichsgericht aus, dass das Merkmal der fälschlichen Anfertigung und die RW durch die Zustimmung des Namensträgers jedenfalls dann nicht ausgeschlossen sei, wenn der Namensträger sein Einverständnis in den fälschlichen Gebrauch gerade zu dem Zwecke erteile, dass sich der andere selbst als der Namensträger ausgäbe und so ein falscher Schein hinsichtlich des Urhebers der Erklärung erweckt werde 3).

Zur Täuschungstheorie bekennt sich auch das Urteil des Reichsgerichts vom 31.5.1938 4). Auch hier weist das Reichsgericht darauf hin, dass das Einverständnis dann ohne Bedeutung sei für die Frage, ob eine fälschliche Anfertigung vorliege, wenn die Namens- oder Firmensträger in Kenntnis der Sachlage ihre Zustimmung zum Gebrauch ihres Namens oder ihrer Firma gerade zu dem Zwecke erteilt haben, dass durch den Gebrauch ihres Namens oder ihrer Firma ein anderer über den Aussteller 5) der Rechnung getäuscht wird 6). Zum Schluss hebt das Reichsgericht auch noch hervor, dass der Unterzeichnete nicht als Vertreter für andere Personen oder Firmen aufgetreten sei, sondern den Anschein erwecken wollte, als seien die Rechnungen von den anderen Personen oder Firmen ausgestellt.

In RG 75, 214 (216) weist das Reichsgericht darauf hin, dass das Einverständnis des Namensträgers dann nicht erheblich sei, wenn durch den Gebrauch des fremden Namens ein falscher Schein hinsichtlich des Urhebers der urkundlichen Erklärung hervorgerufen wird. Das Urteil beruft sich dabei auf RG 75, 46; diese Entscheidung vertritt aber bereits die heute allgemein herrschende "Dreipunktetheorie" 7).

Einen Anklang an die Theorie vom Funktionieren der Vollmacht 8) kann man in den RG-Urteilen vom 18.3.1913 9) und vom 18.10.1926 10) finden. In den Urteilen wird entsprechend der Täuschungstheorie die Echtheit verneint, weil der Unterzeichner für den Namensträger auftrat und sich für ihn ausgab. Die Annäherung an die Theorie vom Funktionieren der Vollmacht ergibt sich dabei

1) Zur Berufung auf RG 16, 325 und RG 26, 220 vgl. oben S.124

2) RG 68, 240: Jemand fertigt für einen anderen die Klausuren in der 1. juristischen Staatsprüfung an.

3) Zur Berufung auf RG 5, 151; RG 16, 325 und RG 26, 220 vgl. oben S.123 f., S.124, S.124 f. Zur Berufung auf RG 22, 377 vgl. oben S.125 f.

4) RG DJ 1938, S.1917

5) gemeint: der physische Vollzieher

6) Über die Berufung auf RG 26, 220 vgl. oben S.124 f. über die Berufung auf RG 22, 377, vgl. oben S.125 f.

7) Über diese vgl. unten S.134 ff.

8) Über diese vgl. unten S.131 ff.

9) RG Recht 1913 Nr.1403

10) RG JR 1926 Nr.2177

aus dem Umstand, dass in beiden Urteilen auf das durch das Auftreten unter fremdem Namen begründete Fehlen einer Stellvertretung hingewiesen wird. Die Theorie vom Funktionieren der Vollmacht verlangt nämlich für die Echtheit ein zwischen dem Namensträger und dem Unterzeichner bestehendes wirksames Stellvertretungsverhältnis, eine Voraussetzung, die grundsätzlich entfällt, wenn es am Handeln im fremden Namen fehlt (§ 164 BGB).

3. Kritik der Täuschungstheorie und der erweiterten Täuschungstheorie

Was den jeweiligen Ausgangspunkt der die Täuschungstheorie Vertretenden anbelangt, sei auf die obigen Ausführungen unter I. und II. hingewiesen, wo diejenigen Ansichten behandelt wurden, die entweder eine bloße Ermächtigung für die Ausstellereigenschaft genügen lassen bzw. die Echtheit in bestimmtem Umfang mit der Gültigkeit gleichsetzen.

Der Täuschungstheorie muss, soweit ihre Vertreter von der Theorie der bloßen gültigen Ermächtigung 1) ausgehen, zugestanden werden, dass sie jedenfalls erkennt, dass eine bloße Ermächtigung durch den angeblichen Aussteller für die Echtheit nicht genügen kann 2).

Ansonsten muss die Täuschungstheorie jedoch abgelehnt werden, Sie befriedigt nämlich nicht die oben 3) vom Zweck des § 267 her entwickelte Forderung, dass eine echte Urkunde bei nicht physischer Beteiligung des angeblichen Ausstellers dann vorliegt, wenn die urkundliche Erklärung für den angeblichen Aussteller unbedingt so oder stärker wirkt, als hätte dieser die Urkunde selbst ausgestellt oder unterzeichnet. So wird in den Fällen, in denen eine Täuschung über den tatsächlichen Aussteller erfolgt, in denen also für einen Teil der Täuschungstheorie Grund für die Annahme einer unechten Urkunde gegeben ist, nicht unbedingt ein die Echtheit bedingendes Wirken der Erklärung für den an der Herstellung der Urkunde physisch nicht Beteiligten ausgeschlossen sein. Die Tatsache der Täuschung über den tatsächlichen Aussteller hat nämlich grundsätzlich keinen Einfluss auf die Gültigkeit der Vollmacht 4), noch beeinträchtigt sie aus anderen Gründen stets das unbedingte Wirken der Erklärung für den an der Herstellung physisch nicht beteiligten angeblichen Aussteller. Insbesondere folgt eine derartige Beeinträchtigung nicht zwingend aus einem mit der Täuschung über den tatsächlichen Aussteller meist verbundenen Handeln unter fremdem Namen 5).

1) vgl. oben unter I.

2) vgl. oben S. 117

3) vgl. oben S. 90 ff.

4) vgl. oben S. 49 f.

5) vgl. oben S. 64

Während nun diejenigen Vertreter der Täuschungstheorie, die die Täuschung über den tatsächlichen Aussteller für den Ausschluss der Echtheit genügen lassen, der hier vertretenen Lösung in gewisser Hinsicht nahekommen, da ein mit der Täuschung über den tatsächlichen Aussteller oftmals verbundenes Handeln unter fremdem Namen zumindest als möglich erscheinen lässt, dass die Wirkung der Erklärung für den angeblichen Aussteller dadurch beeinträchtigt ist 1), - entfernen sich die Vertreter der Täuschungstheorie, die bereits dann die Echtheit für ausgeschlossen halten, wenn die Ermächtigung zum Zwecke der Täuschung über den tatsächlichen Aussteller erteilt ist, noch weiter von der hier erarbeiteten Lösung. Der Umstand, dass die Ermächtigung zum Zwecke der Täuschung über den tatsächlichen Aussteller erteilt ist, lässt nämlich als weit unwahrscheinlicher erscheinen, dass die Erklärung in der Urkunde für den angeblichen Aussteller in dem oben erwähnten Sinne nicht wirkt, als dies bei der tatsächlich bewirkten Täuschung der Fall ist. Die Vollmacht ist auf Grund der beabsichtigten Täuschung nicht nichtig 2); ausserdem ist nicht absolut sicher, ob der zum Zwecke der Täuschung über den angeblichen Aussteller erteilten Ermächtigung eine Täuschung über den tatsächlichen Aussteller wirklich nachfolgt. Selbst wenn aber eine derartige Täuschung nachfolgt, ist auf Grund des meist mit ihr verbundenen Handelns unter fremdem Namen ein Wirken für die als Aussteller erscheinende, an der physischen Herstellung nicht beteiligten Person nicht unbedingt ausgeschlossen 3). Nicht zu billigen ist auch die erweiterte Täuschungstheorie, die jeden Täuschungszweck genügen lässt, damit Unechtheit eintritt 4). Es lässt nämlich jeder irgendwie geartete Täuschungszweck die Gültigkeit der Vollmacht unberührt 5). Ferner ist auch kein Gesichtspunkt ersichtlich, der das für die Echtheit erforderliche Wirken der urkundlichen Erklärung für den angeblichen Aussteller verhindert, wenn eine Täuschung erfolgt, die sich nicht nur auf die Person des faktischen Vollziehers bezieht.

IV. DIE THEORIE VOM FUNKTIONIEREN DER VOLLMACHT

1. Inhalt und Vertreter

Unter der Theorie vom Funktionieren der Vollmacht seien die Ansichten der Dissertationen von Timpe, Volwassen, Horstmann, Bock, Mertgen, Scheiber, Waldeyer und Hopfensberger zusammengefasst. Diese Verfasser gehen wie die Gül-

1) vgl. oben S. 64

2) vgl. oben S. 49 f.

3) vgl. oben S. 64

4) vgl. oben S. 125 f.

5) vgl. oben S. 49 f.

tigkeits-theorie und gewisse Vertreter der Täuschungstheorie - übereinstimmend jedenfalls für den Fall eines selbständig handelnden Unterzeichners - in ihren Arbeiten davon aus, dass für die Echtheit von Urkunden, die nicht physisch von ihrem angeblichen Aussteller herrühren, eine rechtliche Herkunft oder eine rechtliche Beziehung vom bzw. zum angeblichen Aussteller erforderlich und genügend ist 1). Zum Unterschied von der reinen Gültigkeitstheorie fordern diese Arbeiten jedoch für den Fall, dass jemand im Auftrage eines anderen mit dessen Namen eine Urkunde unterzeichnet, ohne dessen Schreibgehilfe zu sein, nicht nur die Zulässigkeit der Stellvertretung und eine gültige Vollmacht 2) oder eine entsprechende gültige Genehmigung 3), sondern schliessen aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, dass der mit dem Namen eines anderen Zeichnende erkennbar in dessen Namen handeln müsse, damit die Urkunde echt ist 4).

- 1) vgl. TIMPE, S. 32 (allerdings nur auf den Fall der Stellvertretung abgestellt); VOLWASSEN, S. 33 f.; HORSTMANN, S. 16 (Echtheit - tatsächliche oder rechtliche Herkunft von dem aus dem Inhalt ersichtlichen Aussteller); BOCK, S. 25 f. (eine Urkunde ist nach ihm einmal dann echt, wenn sie der angebliche Aussteller durch eigene körperliche Tätigkeit hergestellt hat oder durch eine Hilfsperson (Schreibgehilfe) hat herstellen lassen. Unter Bezugnahme auf die Stellvertretung bemerkt er dann, dass eine Urkunde auch dann echt sei, wenn sie rechtlich von dem herrühre, der als angeblicher Aussteller hervorgeht); MERTGEN, S. 45 (Echtheit - eine rechtliche Beziehung zwischen Aussteller und Urkundeninhalt); SCHEIBER, S. 37 (über die zwischen dem angeblichen Aussteller und der Urkunde bestehenden Beziehungen soll die Rechtsordnung entscheiden); WALDEYER, S. 29 unten/30 (für die Echtheit der von einem Dritten mit fremdem Namen unterzeichneten Urkunde ist daher einzig und allein entscheidend, ob der zustimmenden Willenserklärung des Namensträgers auch von dem geltenden Rechte die Kraft beigelegt wird, die aus der Urkunde sich ergebenden Rechte und Pflichten in der Person des Namensträgers entstehen zu lassen); HOPFENSBERGER, S. 28 (wörtlich übereinstimmend mit Waldeyer).
- 2) Die Gültigkeit verneint der überwiegende Teil von ihnen und nimmt eine unechte Urkunde an, wenn eine Täuschung über den angeblichen Aussteller bezweckt ist. Vgl. BOCK, S. 52; MERTGEN, S. 42 ff. (mit Berufung auf § 138 BGB); SCHEIBER, S. 45; VOLWASSEN, S. 42 (mit Berufung auf § 138 und § 117 Abs. I BGB). Noch weitgehender TIMPE, S. 35, der generell Nichtigkeit der Vollmacht annimmt, wenn sie erteilt ist, um den Namensträger nicht zu verpflichten.
- 3) Der sie, soweit sie sich zu der Frage äussern, für die Echtheit keine rückwirkende Kraft beilegen. Vgl. SCHEIBER, S. 49; MERTGEN, S. 49 (Näheres zu der Frage der rückwirkenden Herstellung der Echtheit vgl. oben S. 106* f.).
- 4) BOCK, S. 55; HOPFENSBERGER, S. 30 f.; HORSTMANN, S. 56; MERTGEN, S. 47; SCHEIBER, S. 52; TIMPE, S. 32, 41; VOLWASSEN, S. 44, 46; WALDEYER, S. 43 ff.

Dieses "Funktionieren der Vollmacht" 1) halten diese Arbeiten deshalb für erforderlich, weil die Echtheit nach ihnen jedenfalls in derartigen Fällen eine rechtliche Beziehung zu dem angeblichen Aussteller fordert und diese rechtliche Beziehung gemäss § 164 BGB im Falle des selbständig Handelnden nur dann besteht, wenn dieser im Namen seines Auftraggebers handelt.

Diese Theorie stimmt mit der oben unter III. dargelegten Täuschungstheorie insoweit überein, als deren Vertreter die Unechtheit bei bestehendem Einverständnis oder bei vorhandener Ermächtigung der als Aussteller erscheinenden, an der Herstellung physisch nicht beteiligten Person aus dem Umstand herleiten, dass der Hersteller sich für den als Aussteller Erscheinenden ausgegeben hat. Diese Übereinstimmung erklärt auch, dass die Vertreter der Täuschungstheorie teilweise Formulierungen gebrauchen, die sie als zu der hier behandelten Theorie tendierend erscheinen lassen 2). Der Unterschied der Theorie vom Funktionieren der Vollmacht und der Täuschungstheorie besteht jedoch in der Begründung: Während nämlich die Täuschungstheorie dafür, dass in derartigen Fällen trotz der Ermächtigung des angeblichen Ausstellers keine echte Urkunde vorliegt, keine Rechtfertigung gibt, begründet dies die hier behandelte Theorie mit § 164 BGB.

Bevor die Theorie vom Funktionieren der Vollmacht einer Kritik unterzogen wird, sei noch auf eine Erweiterung bzw. Einschränkung dieser Theorie hingewiesen. Eine Erweiterung in Richtung Echtheit bringen diejenigen Vertreter der Theorie, die ein Handeln im Namen des Vollmachtgebers für die Echtheit dann nicht verlangen, wenn der Vertreter dem Empfänger der Erklärung bei der Abgabe nicht persönlich gegenübertritt.

Zur Begründung vergleiche Scheiber 3): "Nicht ist ein solches (gemeint: Handeln als offener Vertreter) dann erforderlich, wenn dem Erklärungsempfänger das Eingreifen eines Dritten beim Bestehen einer rechtsgültigen Vollmacht garnicht bewusst ist. Es ist dann in der Anwendung des fremden Namens das Erklärungsmittel der Vertretung eines fremden Willens zu erblicken, es rechnet der Empfänger ausschliesslich mit dem Eintritt der Wirkungen des Geschäfts in der Person des Namens-trägers; andere Vorstellungen kommen in ihm nicht auf. Nur die Vorstellungen aber, die der Erklärungsempfänger tatsächlich hat, sind die massgebenden und allein bedeutsamen."

2. Kritik der Theorie vom Funktionieren der Vollmacht

Anerkannt werden muss, dass alle Vertreter dieser Theorie wenigstens für den Fall

1) BOCK, S. 54; TIMPE, S. 32; VOLWASSEN, S. 44

2) vgl. oben S. 122 und S. 129

3) SCHEIBER, S. 55; ähnlich VOLWASSEN, S. 44; MERTGEN, S. 50 und HOPFENBERGER, S. 32; alle zurückgehend auf LEHMANN, Unterschrift, S. 40

des selbständig handelnden, vom Namensträger verschiedenen tatsächlichen Unterzeichners im Prinzip die richtige Ansicht vertreten, wenn sie hierbei die Gültigkeit mit der Echtheit gleichsetzen 1). Nicht zugestimmt werden kann jedoch den von den Vertretern dieser Theorie aufgestellten Grundsätzen, nach denen es sich bemessen soll, wann die Erklärung in der Urkunde für den an der Herstellung physisch nicht Beteiligten gilt. Unrichtig ist dabei vor allem die von einem Teil vertretene Ansicht 2), die für den Fall, dass eine Täuschung über den tatsächlichen Aussteller bezweckt ist, die Gültigkeit der Vollmacht verneint 3). Keine grundsätzliche Zustimmung verdienen auch die Ausführungen über das sich aus § 164 BGB ergebende Offenheitsprinzip. Eine von einem selbständig Handelnden abgegebene Erklärung erfordert nämlich nicht unbedingt ein Handeln in fremdem Namen 4).

Dies erkennt nur ein Teil der die Theorie vom Funktionieren der Vollmacht Vertretenden, indem bestimmte Anhänger in den Fällen, in denen der Handelnde dem Erklärungsempfänger gegenübertritt, von diesem Erfordernis absehen 5). Wenn diese Regel auch sehr häufig dasselbe Ergebnis zeitigt, wie die oben bezüglich des Handelns unter fremdem Namen herausgestellten Grundsätze 6), so kann sie doch nicht unbedingt gebilligt werden. Die oben erarbeiteten Grundsätze ergaben nämlich, dass der Wegfall eines persönlichen Gegenübertretens des unter fremdem Namen Handelnden nicht zwingend die Identitätstäuschung nach sich zieht, die erforderlich ist, damit das Handeln unter fremdem Namen dem Handeln in fremdem Namen gleichgestellt werden kann 7).

V. DIE DREIPUNKTETHEORIE - DER STANDPUNKT DER HEUTE h. M. ZUM ZEICHNEN MIT FREMDEM NAMEN

1. Inhalt und Vertreter

Die 35. Auflage des Kommentars von Kohlrausch 8) stellt für die Echtheit beim "Zeichnen in fremdem Namen", d. h. also für die Fälle, dass ein selbständig Handelnder mit dem Namen eines anderen unterzeichnet, folgende Voraussetzungen auf:

-
- 1) vgl. die Kritik der Gültigkeitstheorie oben S. 118
 - 2) vgl. oben S. 132 Anm. 2
 - 3) vgl. oben S. 49 f.
 - 4) vgl. oben S. 64
 - 5) vgl. oben S. 133
 - 6) vgl. oben S. 61 ff.
 - 7) vgl. oben S. 61 ff.
 - 8) KOHLRAUSCH (35. Aufl.) § 267 Anm. 6

- (1) Der Unterzeichnete muss den Namensträger in der Unterschrift vertreten wollen.
- (2) Er muss ihn vertreten können.
- (3) Der Namensträger muss sich in der Unterschrift vertreten lassen wollen, also mit der Unterzeichnung durch den anderen einverstanden sein.

Die Ausführungen Kohlrauschs werden vom Reichsgericht in dem Urteil vom 9.12.1940 1) fast wörtlich übernommen. Dieses Bekenntnis zur "Dreipunktetheorie" Kohlrauschs hält das Reichsgericht in zwei weiteren zum Problem des Zeichnens mit fremdem Namen ergangenen Entscheidungen aufrecht 2). Die Dreipunktetheorie wird seitdem von der h. M. vertreten. Zu ihr bekennen sich die beiden seit Beendigung der Tätigkeit des Reichsgerichts ergangenen, sich mit der Frage des Zeichnens in fremdem Namen befassenden höchstrichterlichen Entscheidungen 3). Sie ist auch seitdem der überwiegende Standpunkt des Schrifttums 4).

Bevor diese Dreipunktetheorie einer Kritik unterzogen wird, sei zunächst auf die Konsequenzen hingewiesen, die ihre Vertreter aus der Massgeblichkeit der drei Voraussetzungen ziehen, und die Zusatzerfordernisse erwähnt, welche einzelne Vertreter der Dreipunktetheorie neben den drei Voraussetzungen im Falle des Zeichnens mit fremdem Namen für die Echtheit verlangen.

Einen Aufschluss über die Konsequenzen der Dreipunktetheorie und eine damit verbundene Erläuterung der drei von dieser Echtheit beim Zeichnen im fremden Namen aufgestellten Voraussetzungen geben die Vertreter dieser Theorie nur in sehr beschränktem Umfange.

Einigkeit herrscht zwischen den Vertretern der Dreipunktetheorie insofern, als sie trotz des Einverständnisses des Namensträgers aus dem Punkt 2 die Unechtheit herleiten, wenn nach ihrer jeweiligen Ansicht eine Stellvertretung nicht zulässig ist.

Soweit sie im übrigen Konsequenzen aus den drei Voraussetzungen herleiten, ist das Ergebnis, zu dem sie dabei kommen, zudem nicht immer dasselbe oder,

-
- 1) RG 75, 47 = RG DR 1941, S. 992; vgl. den Leitsatz Nr. 1 und RG 75, 46 (47 unten) mit Anm. von Boldt DR 1941, S. 992
 - 2) vgl. RG 75, 314 (316 unten) und RG 76, 125 (126). Das am 28.4.1942 ergangene Urteil spricht in Bezug auf die erstmals in dem Urteil vom 9.12.1940 (= RG 75, 47) vertretene Dreipunktetheorie bereits von einer ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts. - Einen "Rückfall" in die Täuschungstheorie bildet die Entscheidung vom 15.5.1941 (RG 75, 214 (216)) (vgl. oben S. 129)
 - 3) OLG Stuttgart NJW 1951, S. 206 und OLG Oldenburg JR 1952, S. 410
 - 4) vgl. SCHÖNKE FS, S. 257; SCHÖNKE DStR 1943, S. 143; DALCKE § 267 Anm. 4c; KOHLRAUSCH-LANGE § 267 Anm. IV 2; MAURACH BT, S. 429; MÜHLMANN-BOMMEL § 267 Anm. 6 (S. 643); PETERS § 267 Anm. 4; SAUER, S. 197; SCHÖNKE-SCHRÖDER § 267 Anm. VI 2a

wenn übereinstimmend, vielfach auf verschiedene Weise hergeleitet. So leitet aus Punkt 1 der Begründer der Dreipunktetheorie ab, dass trotz des Einverständnisses des Namensträgers UF vorliege, wenn über die Person des Ausstellers 1) getauscht werden soll 2). Dasselbe Ergebnis vertritt das Reichsgericht in zwei Entscheidungen 3) mit Berufung auf die erste und dritte Voraussetzung der Dreipunktetheorie.

Zwiespältig ist in dieser Hinsicht die Ansicht Schonkes. Im Kommentar 4) scheint er aus den Punkten 1 und 3 zu schließen, dass eine Urkunde falsch ist, wenn sie von einer anderen Person ausgestellt ist als von derjenigen, von der sie herrührt, also "keine echte Vertretung im Willen und in der Erklärung beabsichtigt" ist 5). In seiner Abhandlung in der Festschrift für Kohlrausch leitet Schöнке 6) dagegen aus dem Punkt 2 die Unechtheit für den Fall ab, dass die Vertretung ganz allgemein zu Täuschungszwecken 7), insbesondere zur Begehung einer strafbaren Handlung erfolgt, indem er in derartigen Fällen die Vertretung für objektiv unbe-rechtigt erklärt.

Teilweise stellen die Vertreter der Dreipunktetheorie für die Echtheit eines Zeichnens mit fremdem Namen neben den drei obengenannten Voraussetzungen noch weitere Erfordernisse auf. Dies gilt etwa von der Entscheidung in RG 75, 314. Das Reichsgericht hält dort zwar ähnlich wie die beiden anderen sich zur Dreipunktetheorie bekennenden Entscheidungen, die für die Echtheit lediglich die drei Voraussetzungen der Dreipunktetheorie fordern, den Umstand für wesentlich, dass über die Person des Ausstellers getäuscht werden sollte 8). Es bringt jedoch diesen Umstand mit der Unzulässigkeit der Stellvertretung (Punkt 2) in Zusammenhang, indem es gerade aus der fehlenden Zulässigkeit den Anschein herleitet, dass der Vollmachtgeber die Urkunde selbst geschaffen hat. Die Entscheidung weicht damit von den beiden anderen Entscheidungen ab; denn sie folgert die Unechtheit in den Fällen, in denen über den tatsächlichen Aussteller getäuscht werden soll, nicht aus einer der drei Voraussetzungen der Dreipunktetheorie als solcher, sondern sieht offenbar in dem Umstand, dass über den tatsächlichen Vollzieher der Urkunde getäuscht werden soll, einen selbständigen Grund für die Annahme der Unechtheit, der eben meist gegeben sein wird, wenn die Stellvertretung unzulässig ist.

1) gemeint: des physischen Vollziehers.

2) vgl. KOHLRAUSCH (35. Aufl.) § 267 Anm. 6; ebenso noch KOHLRAUSCH-LAN-GE § 267 Anm. IV

3) RG 75, 46 (49); RG 76, 125 (126)

4) vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER § 267 Anm. VI 2a

5) Er weist dabei darauf hin, dass es am Vertretungswillen fehle, wenn der Vertreter bei seiner Unterschrift die Schriftzüge des Vertretenen genau nachahme, um den Eindruck zu erwecken, sie stammten von diesem.

6) SCHÖNKE FS, S. 259

7) Dabei soll genügen, wenn die Täuschungsabsicht beim Namensträger vorliegt.

8) RG 75, 314 (316)

Ähnlich wie diese Entscheidung stellt auch Dalcke 1), der grundsätzlich die Dreipunktetheorie vertritt, ein nicht aus den drei Voraussetzungen der Dreipunktetheorie hergeleitetes Zusatzerfordernis für die Echtheit auf, indem er ohne Berufung auf das Dreipunktesystem die Zustimmung für belanglos hält, wenn sie nur zum Gebrauch der Täuschung eines Dritten über die Person des Ausstellers erteilt ist 2).

Nicht ganz klar geht aus einem Urteil des OLG Stuttgart 3) hervor, ob seine Ansicht auf der Linie der von RG 75, 314 und Dalcke vertretenen Auffassung liegt oder ob es sein Ergebnis lediglich mit der Dreipunktetheorie begründet.

Ein Zusatzerfordernis eigener Art zur Dreipunktetheorie, zu der er sich grundsätzlich bekennt 4), stellt Sauer auf. Nach ihm 5) soll die Urkunde dann unecht sein, wenn die Vertretung die Sicherheit des Rechtsverkehrs gefährde.

Nicht ganz klar ist wiederum die Auffassung bei Mühlmann-Bommel 6). Hier wird von der Dreipunktetheorie ausgegangen und die Zustimmung in bestimmten Fällen für belanglos gehalten. Neben den Erklärungen, durch die Befugnisse ausgeübt werden, die im öffentlichen Recht begründet sind, und den Erklärungen, bei denen das Gesetz eigenhändige Unterschrift zwingend vorschreibt, erwähnt Mühlmann-Bommel den Fall, dass die Zustimmung gerade zwecks Gebrauch zur strafbaren oder sittenwidrigen Täuschung eines Dritten darüber, dass der Täter selbst der Namensträger sei, erteilt ist. Unklar bleibt dabei jedoch, ob die Belanglosigkeit in den genannten Fällen aus einer der drei Voraussetzungen der Dreipunktetheorie gefolgert wird oder ob sie Ausnahmen von der Dreipunktetheorie darstellen sollen.

2. Kritik der Dreipunktetheorie

Bei der Kritik der Dreipunktetheorie sei dieselbe zunächst in ihrer wörtlichen Bedeutung gewürdigt, ohne dass an dieser Stelle gleich auf die Konsequenzen eingegangen wird, die ein Teil der sie Vertretenden aus ihr zieht 7). Ein derartiges Verfahren ist umso mehr gerechtfertigt, als bestimmte Vertreter der Dreipunktetheorie aus ihr keinerlei Konsequenzen ziehen, womit deren Stellungnahme nur gewürdigt werden kann, wenn man von der wörtlichen Bedeutung der Theorie ausgeht.

Die Dreipunktetheorie wird in ihrer wörtlichen Bedeutung den bisher erarbeiteten Erfordernissen für den Aussteller- und Echtheitsbegriff in keiner Weise ge-

1) DALCKE § 267 Anm. 4c

2) Mit Berufung auf RG 68, 242 (vgl. hiezu oben S. 129)

3) OLG Stuttgart NJW 1951, S. 206

4) SAUER, S. 197

5) SAUER, S. 198

6) MÜHLMANN-BOMMEL § 267 Anm. 6

7) vgl. oben S. 135 ff.

recht. Bereits das Abstellen auf den Willen des Unterzeichners ("er muss den anderen vertreten wollen") widerspricht der Tatsache, dass es sich bei dem Merkmal der unechten Urkunde um ein rein objektives Tatbestandsmerkmal handelt 1). Sein Vorliegen bzw. Nichtvorliegen kann daher keinesfalls von dem blossen inneren Willen der als Täter in Betracht kommenden Person abhängig sein.

Schliesslich muss die Dreipunktetheorie, so wie sie uns in ihrer wörtlichen Bedeutung gegenübertritt, auch deswegen abgelehnt werden, weil sie auch den übrigen hier erarbeiteten Erfordernissen für den Aussteller- und Echtheitsbegriff nicht entspricht. Der blosser Wille des Vertretenen, sich vertreten zu lassen, und der Wille des Vertreters, den anderen zu vertreten, beeinflussen nämlich als solche in keiner Weise das in dieser Arbeit 2) für die Echtheit geforderte unbedingte Wirken der in der Urkunde enthaltenen Erklärung für den an der Herstellung physisch nicht beteiligten angeblichen Aussteller. Entscheidend ist nämlich stets das objektiv Erklärte 3).

Abgelehnt werden muss die Dreipunktetheorie auch in der Bedeutung, in der sie die oben auf Seite 136 4) Genannten vertreten. Bereits die Kritik der Täuschungstheorie 5) ergab nämlich, dass die Echtheit keinesfalls davon abhängig gemacht werden kann, ob eine Täuschung über den tatsächlichen Aussteller bezweckt ist, wie dies die oben Erwähnten aus der Dreipunktetheorie herleiten. Zurückgewiesen werden muss auch die von Schönke in der Kohlrausch-Festschrift vertretene Ansicht, wenn er dort darüber hinaus aus der Dreipunktetheorie die Unechtheit für die Fälle ableitet, dass die Vertretung generell zur Täuschung Dritter, insbesondere zur Begehung einer strafbaren Handlung erfolgte. Das für die Echtheit nach der hier 6) erarbeiteten Ansicht notwendige unbedingte Wirken der Erklärung für den Namensträger hängt nämlich grundsätzlich nicht von dem Umstand ab, ob die Vertretung zur Begehung einer strafbaren Handlung oder generell zu irgendwelchen

1) Dies ist allgemein anerkannt. In der Literatur geht dies daraus hervor, dass nur die allgemeinen Schuld Voraussetzungen (insbes. der Vorsatz) und das Handeln "zur Täuschung im Rechtsverkehr" unter den subjektiven Voraussetzungen des § 267 behandelt werden. Vgl. KOHLRAUSCH-LANGE § 267 Anm. VII; JAGUSCH LK § 267 Anm. 7; MAURACH BT, S. 431, 433, 434; MÜHLMANN-BOMMEL § 267 Anm. 11; PETTERS § 267 Anm. 7; SCHÖNKE-SCHRÖDER § 267 Anm. IX; WELZEL, S. 335

2) vgl. oben S. 90 ff.

3) LEHMANN AT, S. 195; PALANDT § 133 Anm. 4

4) Kohlrausch, Schönke, RG 75, 46 (49), RG 76, 125 (126);

5) vgl. oben S. 130 f.

6) vgl. oben S. 90 ff.

Täuschungszwecken erfolgt 1) 2).

Nicht gebilligt werden können auch die Ansichten derer, die grundsätzlich von der Dreipunktetheorie ausgehen, jedoch für die Echtheit noch einige Zusatzerfordernisse aufstellen 3).

Dass ihr Ausgangspunkt, die bei ihnen wörtlich zunehmende Dreipunktetheorie, nicht richtig ist, ist bereits dargelegt 4). Die Korrektur ihrer grundsätzlichen Auffassung durch die von ihnen aufgestellten Zusatzerfordernisse vermag die Ablehnung ihrer Ansichten nicht rückgängig zu machen. Dies folgt für diejenigen, die als Zusatzerfordernis für die Echtheit den Umstand ansehen, dass keine Täuschung über den tatsächlichen Aussteller bezweckt wird, bereits aus dem oben 5) Dargelegten, aus dem sich ergibt, dass nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung dieser Umstand kein Kriterium für die Echtheit sein kann. Für die von Sauer vertretene Auffassung 6) folgt die Aufrechterhaltung der Ablehnung aus der äusserst grossen Unbestimmtheit des von ihm aufgestellten Zusatzerfordernisses. Es geht nämlich nicht an, das Tatbestandsmerkmal der unechten Urkunde von dem an sich sehr unbestimmten Begriff der Gefährdung der Sicherheit des Rechtsverkehrs abhängig zu machen, ohne diesen Begriff näher zu konkretisieren. Zudem lässt Sauer in keiner Weise erkennen, dass er mit dem von ihm aufgestellten Zusatzerfordernis eine Korrektur der Dreipunktetheorie in Richtung auf die hier entwickelte Auffassung erreichen will.

-
- 1) vgl. oben S. 49 f. Dass das Wirken der Erklärung für den Namensträger durch diese Umstände nicht beeinträchtigt ist, erkennt auch Schönke in gewissem Umfang an, wenn er bemerkt (FS, S. 259), dass in den Fällen, in denen über ausserhalb des Vertretungsverhältnisses liegende Umstände getäuscht werden soll, die Vollmacht wirksam bliebe. Den Grund für die nach seiner Ansicht dennoch vorliegende Strafbarkeit sieht Schönke dann in dem Umstand, dass das Strafrecht auf die "Zwecke des Gesamthandelns" sehen müsse.
 - 2) Den Umstand, dass die Vertretung zur Begehung einer strafbaren Handlung erfolgt, sehen auch mehrere Vertreter der Dreipunktetheorie ausdrücklich nicht als Grund für die Unechtheit an. Vgl. RG 75, 47 (48); RG 76, 125 (126); DALCKE § 267 Anm. 4c. Gegen die diesbezügliche Ansicht Schönkes wendet sich auch WELZEL (S. 333).
 - 3) vgl. oben S. 136 f.: RG 75, 314, Dalcke und Sauer; unklar insoweit OLG Stuttgart NJW 1951, S. 206 (vgl. oben S. 137 oben) und Mühlmann-Bommel (vgl. oben S. 137)
 - 4) vgl. oben S. 137 f.
 - 5) vgl. oben S. 130 f.
 - 6) vgl. oben S. 137

VI. DIE AUFFASSUNG MEZGERS

1. Inhalt der Auffassung Mezgers

Eine unter die obigen Abschnitte I. - V. nicht einstuftbare Ansicht zu dem Problem der Fremdzeichnung vertritt Mezger in ZAKDR 1941, Seite 181 1) und in ZAKDR 1942, Seite 251 2). Er stellt in beiden Abhandlungen für die Echtheit übereinstimmend darauf ab, ob die Vertretung objektiv berechtigt ist 3).

Wonach sich nun beurteilt, ob eine "objektiv berechtigte" Vertretung vorliegt, lassen die Ausführungen Mezgers nicht klar erkennen. In ZAKDR 1941, Seite 181 stimmt Mezger den Urteilen des Reichsgerichts in RG 43, 348 (353) 4) und in RG 68, 240 (242) 5) insofern zu, als der von diesen bezüglich des Einverständnisses des Namensträgers vertretene Gedanken in die richtige Richtung weise, führt aber dann aus: "Man wird sagen müssen: es kommt nicht nur auf den Willen des Vertreters und des Vertretenen an, sondern auch darauf, ob solche Vertretung objektiv berechtigt ist."

Auch in ZAKDR 1942, Seite 251 sieht Mezger die "objektive Berechtigung" und nicht nur den Willen des Vertretenen und des Vertreters für die Echtheit als entscheidend an 6). Er verneint die objektive Berechtigung in dem Falle, der dem Urteil des Reichsgerichts vom 28.4.1942 7) zugrunde liegt, da der Gebrauch eines Namens geschehen sei, "um den falschen Anschein zu erwecken, der Bezugschein und die Schuhe würden für den Namensträger und nicht für den Unterzeichner erbeten" 8).

Aus den beiden Abhandlungen geht damit nicht eindeutig hervor, was Mezger unter der "objektiven Berechtigung" versteht. Der naheliegende Schluss, dass Mezger unter dem Begriff die Geeignetheit eines Vertretungsverhältnisses versteht, gültige, mit dem Namen des Vertretenen unterzeichnete Urkunden hervorzubringen, wird durch die übrigen Darlegungen entkräftet. So wird in ZAKDR 1941, Seite 181 die auf der Täuschungstheorie beruhende Praxis des Reichsgerichts gebilligt 9)

-
- 1) Kritik zu RG 75, 46 = RG ZAKDR 1941, S. 180. Die Entscheidung vertritt die Dreipunktetheorie (vgl. oben S. 135)
 - 2) Kritik zu RG 76, 125 = RG ZAKDR 1942, S. 253. Die Entscheidung vertritt die Dreipunktetheorie (vgl. oben S. 135)
 - 3) vgl. auch MEZGER DStRe, S. 216. Dort spricht Mezger ebenfalls vom Berechtigungsproblem.
 - 4) vgl. dazu oben S. 127
 - 5) vgl. dazu oben S. 129
 - 6) vgl. 2. Sp. oben . -
 - 7) RG 76, 125 = RG ZAKDR 1942, S. 253
 - 8) vgl. 2. Spalte
 - 9) vgl. ZAKDR 1941 S. 181 unten

die, wie nachgewiesen 1), nicht den Grundsatz der Gleichstellung von Echtheit und Gültigkeit vertritt. Keinerlei Rückschlüsse lassen sich für die allgemeine Bedeutung der "objektiven Berechtigung" aus dem Grund ziehen, den Mezger für deren Verneinung in dem "Bezugscheinsfall" 2) anführt. Seine Darlegung lässt jedenfalls nicht erkennen, dass sie von einer Gleichstellung der Gültigkeit mit der Echtheit ausgeht.

2. Kritik der Auffassung Mezgers

Die Ansicht Mezgers muss schon deshalb abgelehnt werden, weil die Darlegungen Mezgers nicht erkennen lassen, was er unter der nach seiner Meinung bei der Fremdzeichnung für die Echtheit erforderlichen Voraussetzung der "objektiven Berechtigung" versteht. Sie kann von dem hier vertretenen Standpunkt 3) aus ferner deshalb nicht gebilligt werden, weil sie nicht die hier erarbeitete prinzipielle Gleichstellung von Echtheit und Gültigkeit erkennen lässt.

D. DIE MODERNE IDEELLE UND KAUSALE THEORIE

Eine etwas modifizierte Fassung der vor allem in der älteren Literatur vorherrschenden ideellen bzw. kausalen Theorie 4) vertreten heute Welzel und Timcke. Welzel geht dabei von der ideellen Theorie aus, die er in bestimmten Umfang einschränkt 5). Timcke vertritt im Endergebnis - von einem Widerspruch mit seiner eigenen grundsätzlichen Stellungnahme abgesehen 6) - die kausale Theorie alter Fassung, unterscheidet sich jedoch durch eine sehr eigenartige Begründung von dieser 7).

I. DIE AUFFASSUNG WELZELS

1. Inhalt der von Welzel vertretenen Ansicht

Nach Welzel 8) genügt es zunächst grundsätzlich für die Echtheit, dass ein "Dritter die Urkunde mit Willen des Erklärenden als dessen Erklärung niederschreibt und mit dessen Namen unterschreibt"; er geht also von der ideellen Theorie

1) vgl. oben S.130 f.

2) RG 76, 125 = RG ZAKDR 1942, S.253, vgl. oben S.140/3. Abs.

3) vgl. oben S.90 ff.

4) vgl. oben S.111 ff.

5) vgl. unten S.141 f.

6) vgl. unten S.146

7) vgl. unten S.143 ff.

8) WELZEL, S.333

aus 1). Im Gegensatz zur ideellen Theorie verneint jedoch Welzel die Echtheit und schränkt die ideelle Theorie damit ein, wenn jemand eine Erklärung "zwar im Einverständnis mit dem Namensträger, aber nicht als dessen Erklärung, sondern als eigene Erklärung mit fremdem Namen unterzeichnet". Denn hier täusche er über die Person des Erklärenden. Dagegen bleibt nach Welzel eine Urkunde, die mit Einwilligung des Namensträgers als dessen Erklärung mit dessen Namen gezeichnet wird, auch dann echt, wenn der Inhalt unwahr ist und im Rechtsleben täuschen sollte.

2. Kritik der Auffassung Wetzels

Soweit Welzel von der ideellen Theorie ausgeht, kann auf die oben dargelegte Kritik verwiesen werden 2); was die durch Welzel gemachte Einschränkung in dem Täuschungsfalle anbetrifft, kann auf die Kritik zur Täuschungstheorie verwiesen werden 3), die insoweit ganz mit Wetzels Ausführungen übereinstimmt.

II. DIE AUFFASSUNG TIMCKES

1. Inhalt der Theorie Timckes

Timcke führt für eine "Vergeistigung" des Ausstellerbegriffs zunächst zwei Umstände an. Er weist 4) einmal auf die Behandlung hin, die der Fall des Schreibgehilfen (des "Schreibsklaven") in der Literatur und Rechtsprechung bisher gefunden haben soll, indem er geltend macht, dass man im Falle des "Schreibsklaven" auch bisher schon ein blosses Einverständnis des Wahrheitsgaranten für die Echtheit habe genügen lassen 5). Für eine Vergeistigung des Echtheitsbegriffs spricht nach Timcke 6) ferner die Behandlung der Blankettfälschung durch den Gesetzgeber. Er weist in diesem Zusammenhang auf § 269 a.F. 7) hin und bemerkt, dass nach den

1) Wenn Welzel trotz des Einverständnisses die Echtheit in dem Falle verneint, in dem die Eigenhändigkeit der Unterschrift rechtlich vorausgesetzt wird, lässt ihn dies nicht als Vertreter der juristischen Theorie erscheinen. Seine Ausführungen zeigen nämlich, dass er die Verneinung der Echtheit in diesem Falle nur als Ausnahme ansieht und nicht als Ausfluss eines allgemeinen Grundsatzes.

2) vgl. oben S. 113 f.

3) vgl. oben S. 130 f.

4) TIMCKE, S. 142 ff.

5) Dies ist nur zum Teil richtig, vgl. unten S. 149 ff.

6) TIMCKE, S. 149 ff.

7) Dieser lautete: "Der fälschlichen Anfertigung einer Urkunde wird es gleichgültig, wenn jemand einem mit der Unterschrift eines anderen versehenen Papiere ohne dessen Willen oder dessen Anordnung zuwider durch Ausfüllung einen urkundlichen Inhalt gibt."

sich daraus ergebenden Grundsätzen eine Urkunde echt sei, wenn die urkundliche Erklärung des durch eigene Unterschrift bezeichneten Ausstellers lediglich dessen Willen entspricht. Durch die Schaffung des § 269 a.F. sei der strenge, tatsächliche Echtheitsbegriff in gewisser Weise in Richtung eines vergeistigten Echtheitsbegriffs ausgeweitet worden 1). Durch die mit der Abschaffung des § 269 a.F. 2) verbundene Aufnahme der Blankettfälschung in den TB des § 267 habe der Gesetzgeber alle bisher noch möglichen Zweifel ausgeschlossen, die beiden Tatbestände völlig identifiziert und damit anerkannt, dass für die Echtheit der Urkunde die Zurückführbarkeit der in ihr verkörperten Gedankenäußerung auf den Willen und den Geist des bezeichnenden Ausstellers wichtiger ist als die Herstellung der Verkörperung durch dessen eigene Hand 3).

Aus den beiden Umständen (bisherige Behandlung der "Schreibsklaven" - Fälle, Stellungnahme des Gesetzgebers zur Blankettfälschung) schliesst Timcke, dass sich auch die Behandlung des Problems der erlaubten Fremdzeichnung 4) über eine mehr ideelle, geistig orientierte Auslegung des Begriffs der Unechtheit ermögele 5).

Auf den Seiten 155 ff. untersucht Timcke dann, unter welchen Voraussetzungen der Wille des in der Namensunterschrift "Vertretenen" die Echtheit der Urkunde gewährleistet. Er stellt dabei der Urkundenherstellung durch fremde Hand (Vertreter, Schreibgehilfe) das Institut der mittelbaren Täterschaft gegenüber und weist auf die Ähnlichkeit der beiden Fälle hin 6). Nach Timcke tritt an die Stelle des mittelbaren Täters der Namensträger (mittelbarer Autor), an die Stelle des Werkzeugs der Urkundenausfüller. Daraus schliesst Timcke 7) dann, dass der Ausfüller nicht Autor sei, solange er strafrechtlich im Falle einer mittelbaren Täterschaft als Werkzeug des Täters anzusehen wäre, während er weder Allein- noch Mitautor sei, falls er - wenn auch auf Veranlassung des durch die Unterschrift bezeichneten Namensträgers - eine eigene Erklärung verkörpert, sofern er hierbei nur den Willen der Fremdzeichnung gehabt hat. Die Tatsache, dass der Ausfüller nicht selbst Autor sein will, werde nur dadurch dokumentiert, dass er seinen eigenen Namen verschweigt. Er lasse dann aus der Urkunde überhaupt nicht ersichtlich werden, dass die Namensunterschrift nicht vom Namensträger eigenhändig vollzogen ist. Da dies alles "auf Grund des Willens" des Namensträ-

1) TIMCKE, S.152

2) vgl. die Strafanzeigeungsverordnung vom 29.5.1934 (RG Bl. I S.339)

3) TIMCKE, S.149 f.

4) gemeint: die Fälle des mit fremdem Namen zeichnenden selbständig Handelnden.

5) TIMCKE, S.155

6) TIMCKE, S.158 ff.

7) TIMCKE, S.159

gers geschähe, sei dieser der mittelbare Urkundenaussteller.

Demgegenüber bestünde in den Fällen, in denen der Ausfüller nicht lediglich "fremdzeichnet", sondern z. B. "in Vollmacht", "in Vertretung" oder so ähnlich in Verbindung mit seinem Namen zeichnet 1), kein Fall einer "mittelbaren Autorschaft". Es würde zwar hier gleichfalls ein Wille zur Fremdwirkung dokumentiert, allerdings handele es sich hier nicht um den "tatsächlichen Fremdwirkungswillen", sondern um den "zivilrechtlichen Fremdwirkungswillen" in dem Sinne, dass jener Wille dahin ginge und sich dahin auswirken solle, dass die Verkörperung der Erklärung rechtlich für und gegen den Vertretenen wirksam ist 2). Mittelbare Autorschaft könne nämlich in den Fällen, in denen zwischen Ausfüller und Namensträger zivilrechtlich gesehen ein Vertretungsverhältnis bestünde, nur dann vorliegen, wenn der Ausfüller den Willen habe, dass die Gedankenverkörperung tatsächlich als eigene Gedankenverkörperung des bezeichneten Ausstellers anzusehen ist, und dieser Wille, selbst kein Autor sein zu wollen, könne strafrechtlich im Rahmen des objektiven Tatbestandsmerkmals der Urkundenunechtheit nur dann überhaupt berücksichtigt werden, wenn er in der Urkunde selbst einen erkennbaren Ausdruck gefunden habe. Einen solchen Ausdruck habe aber dieser Wille jedenfalls dann nicht gefunden, wenn in der Urkunde ein Hinweis in der Richtung enthalten sei, dass sie durch einen Vertreter hergestellt wurde 3).

Eine Zusammenfassung seiner Untersuchung bringt Timcke auf Seite 164. Dort stellt er für die Echtheit im Falle der Urkundenherstellung durch fremde Hand folgende Voraussetzungen auf:

"A. Der Ausfüller ist tätig geworden auf Grund eines entsprechenden, ihm erklärten eigenen Verkörperungswillens des (mittelbaren) Autors. Die Ausführungshandlung darf dabei nicht etwaigen darüber hinaus ausdrücklich oder "stillschweigend" erteilten Anordnungen des mittelbaren Autors zuwiderlaufen.

B. Der Ausfüller darf entweder keinen eigenen Verkörperungswillen haben (Schreibsklave) oder falls er dies hat (zivilrechtlicher Vertreter, Blankettausfüller) muss es sich um den Willen der tatsächlichen Fremdwirkung gehandelt haben."

Die Auffassung Timckes ist in ihrer Auswirkung mit der oben 4) erwähnten kausalen Theorie identisch, nach der eine im Bewusstsein des Urkundeninhalts durch

1) Timcke setzt an dieser Stelle auch voraus, dass der Ausfüller auch den Namen des Vertretenen hinzufügt. Die Ausführungen bei T. auf Seite 160 unten zeigen jedoch, dass die Fälle, in denen die Angabe des Vertretenen fehlt, ebenso zu beurteilen sind.

2) TIMCKE, S. 159

3) TIMCKE, S. 160

4) vgl. oben S. 112 ff.

den angeblichen Aussteller erfolgende Verursachung der Herstellung für die Echtheit entscheidend ist. Auch nach Timcke kommt es nämlich für die Echtheit darauf an, dass ein Veranlassen des Ausfüllers durch den Namensträger, d.h. eine aktive Beteiligung des letzteren 1), und ausserdem kein Abweichen von dem dem Ausfüller erteilten Auftrage vorliegt 2).

Über die Identität mit der kausalen Theorie können auch nicht die sehr eingehenden Untersuchungen hinwegtäuschen, in denen Timcke, von dem Vergleich mit der mittelbaren Täterschaft ausgehend, im Falle der Stellvertretung für die Echtheit den "tatsächlichen Fremdwirkungswillen" des Ausstellers fordert. Wie aus der obigen 3) Wiedergabe der entsprechenden Ausführungen hervorgeht, fehlt dieser "tatsächliche Fremdwirkungswille" nämlich dann, wenn der Stellvertreter mit seinem Namen und einem das Vertretungsverhältnis kennzeichnenden Zusatz unterschreibt, während er vorhanden sein soll, wenn in der Urkunde lediglich der Name des Vertretenen erscheint. Damit wird aber die Identität der Auffassung Timckes mit der kausalen Theorie bestätigt. Die Fälle, in denen der Vertreter mit einem das Vertretungsverhältnis kennzeichnenden Zusatz unterzeichnet, stellen nämlich an das Problem, ob auch eine nicht-physische Beziehung für die Ausstellereigenschaft genügt, an sich keinerlei Anforderungen. Entscheidend ist hier vielmehr stets, wer als der angebliche Aussteller erscheint 4), so

1) vgl. das Erfordernis A. und die Ausführungen bei T. auf Seite 167

2) TIMCKE, S.162

3) vgl. oben S.143 unten f.

4) Grundsätzlich wird dabei der Vertreter als der angebliche Aussteller erscheinen; denn er muss ja fast stets als Garant der Erklärung angesehen werden. (Vgl. das Urteil des 3. RG-Senates vom 24.1.1924 (1255/23), zit. bei LK (4. Aufl.) § 267 Anm.28/S.900 oben, wo jemand mit seinem Namen unterschrieb und den Zusatz "für A." beifügte, ohne von A. bevollmächtigt zu sein; vgl. ferner HORSTMANN, S.40; LENZ, S.153; MERTGEN, S.40; OLSHAUSEN § 267 Anm.30 II a; PAGEL, S.255; WEISSMANN ZStW 11, S.35)

Anders, wenn jemand eine dauernde Vertreterstellung (Prokura, Geschäftsführeneigenschaft einer GmbH etc.) vorspiegelt; denn dadurch erscheint der Unterzeichner nicht nur als ein für das konkrete Geschäft Bevollmächtigter, sondern es erscheint eine von ihm verschiedene Person als Aussteller. (So auch RG 55, 173 (174) = RG JW 1921, S.579 Nr.2; a.A. RG 5, 259. Gegen RG 5, 259 und damit für die hier vertretene Ansicht WEISSMANN VDB VII, S.371; HORSTMANN, S.43; BOCK, S.58; ausführlich TIMCKE, S.56, 57)

Anders auch, wenn der Vertretene eine juristische Person oder eine nicht rechtsfähige Personengemeinschaft ist. Hier wird in der Regel diese der angebliche Aussteller sein. Den Rechtsverkehr interessiert nämlich nicht, ob nun der Pro-

dass es auch bei dem problematischen Fall, in dem nur mit dem Namen des Vertretenen unterzeichnet wird, bei den oben 1) wiedergegebenen, mit der kausalen Theorie übereinstimmenden Voraussetzungen für die Echtheit bleibt.

Eine gewisse Abweichung von der kausalen Theorie könnte man höchstens aus den Ausführungen 2) herauslesen, in denen sich Timcke mit der Frage beschäftigt, ob der Täuschungszweck, der mit einer Urkundenherstellung mittels fremder Hand möglicherweise verfolgt werden kann, nämlich die Absicht des Ausfüllers oder des Autors oder beider, über die Art und Weise der Urkundenherstellung zu täuschen, geeignet ist, die Urkundenechtheit zu beeinflussen. Timcke macht in dem Zusammenhang geltend, dass das "Erfordernis B." 3) nicht gegeben sei, wenn der Ausfüller sich in Wahrheit selbst als Wahrheitsgarant bezüglich der Ausstelleridentität ausgäbe und sein eigenes Werk lediglich unter einem Namen schaffe, der nicht seine Person, sondern jemand anderen bezeichne. Als Beispiel für eine derartige Fallgestaltung nennt er den in RG 68, 240 entschiedenen Referendarklausur-Fall 4).

Die Begründung für die in derartigen Fällen nach Timcke vorliegende Abweichung von dem Prinzip der kausalen Theorie, die er, wie nachgewiesen, grundsätzlich vertritt, ist allerdings sehr fragwürdig. Wenn nämlich gerade der Umstand, dass der Vertreter nur mit dem Namen des Vertretenen unterzeichnet, für das Vorliegen des die Echtheit bedingenden "tatsächlichen Fremdwirkungswillens" entscheidend sein soll 5), besteht in dem von Timcke genannten Falle kein eine abweichende Entscheidung bedingender Unterschied. Dass seine Ausführungen insoweit nicht ganz stichhaltig sind, erkennt Timcke auch selbst in gewissem Umfange, wenn er für die genannten Fälle, auf die praktische Schwierigkeit bei der Feststellung der Identitätstäuschung verweisend 6), eine Lösungsmöglichkeit in der Frage

Fortsetzung der Fussnote 4), Seite 145:

kurist "Maier" oder "Huber" für die "X"-Bank & Co. gezeichnet hat, ihm kommt es vielmehr darauf an, ob eine Erklärung der "X"-Bank & Co. vorliegt. Er sieht daher bei der mit dem Namen der Bank versehenen Urkunde die "Bank" als Wahrheitsgaranten an. (Vgl. auch RG 52, 12 (Stadtgemeinde als angebliche Ausstellerin); RG JW 1939, S. 226 = RG HRR 1939 Nr. 399 (Luftnachrichtenabteilung); BGH 7, 149 (Zollamt); BGH 9, 44 (Deutsche Zentralgenossenschaftskasse); ferner SCHÖNKE-SCHRÖDER § 267 Anm. VI 3b und HANEBERG, S. 23)

1) vgl. oben S. 144

2) TIMCKE, S. 168

3) vgl. oben S. 144

4) vgl. oben S. 129 Anm. 2

5) vgl. oben S. 143 unten f.

6) TIMCKE, S. 168 unten

sucht, ob es nicht, entsprechend den eigenhändigen Delikten, bei denen die Annahme einer mittelbaren Täterschaft begrifflich ausgeschlossen ist, auch ihrer Natur nach nur mittels eigener Hand zu verkörpernde Erklärungen gibt 1).

2. Kritik der Theorie Timckes

Nachdem festgestellt wurde, dass die Auffassung Timckes grundsätzlich mit der Ansicht der kausalen Theorie identisch ist, muss sie aus denselben Gründen wie diese abgelehnt werden 2).

Nicht zugestimmt werden kann auch den oben dargelegten, den Fall der Täuschung über die Art und Weise der Urkundenherstellung betreffenden Ausführungen. Abgesehen von dem in ihnen enthaltenen Widerspruch mit der übrigen Darlegung Timckes 3) bieten auch diese die kausale Theorie in gewissem Umfang modifizierenden Darlegungen keine Gewähr für einen zu billigenden Aussteller- und Echtheitsbegriff. Wie bereits mehrfach betont 4), hängt die Echtheit bei nicht physisch vom angeblichen Aussteller herrührenden Urkunden davon ab, dass die Erklärung in der Urkunde für diesen unbedingt so oder stärker wirkt, als hätte er die Urkunde selbst ausgestellt oder unterschrieben. Dadurch, dass sich jemand "selbst als Wahrheitsgarant ausgibt" und sein "eigenes Werk unter einem Namen schafft, der nicht seine Person, sondern jemand anderen bezeichnet", also unter fremdem Namen handelt, wird aber diese die Echtheit begründende Wirkung nicht unbedingt beeinträchtigt 5).

E. DIE SOG. GEISTIGKEITSTHEORIE ODER MATERIELLE URHEBERLEHRE

I. INHALT UND VERTRETER DER GEISTIGKEITSTHEORIE

Seit Kohlrausch in der 35. Auflage seines Kommentars den Grundsatz aufstellte, dass Aussteller der sei, von dem die Urkunde geistig herrühre 6), und dementsprechend für die Echtheit das geistige Herrühren von dem angeblichen Aussteller entscheidend sein liess 7), wird von der h. L. bei der Echtheitsfrage von der sog. "Geistigkeitstheorie" ausgegangen.

- 1) vgl. TIMCKE, S. 168 f.; er kommt zu dem Ergebnis, dass es derartige Erklärungen nicht gäbe. (Vgl. Timcke, S. 169 ff.)
- 2) vgl. oben S. 113 f.
- 3) vgl. oben S. 146
- 4) vgl. insbesondere oben S. 90 ff.
- 5) vgl. oben S. 61 ff.; vgl. auch die Kritik zur Täuschungstheorie oben S. 130 f.
- 6) KOHLRAUSCH (35. Aufl.) § 267 Anm. 2
- 7) KOHLRAUSCH (35. Aufl.) § 267 Anm. 6

Den Ausführungen Kohlrauschs folgte zunächst das Reichsgericht in der Entscheidung vom 9.12.1940 1), indem es dort für die Frage der Echtheit das geistige Herrühren als entscheidend hinstellte. Zur "absolut herrschenden Geistigkeitstheorie", die er auch "materielle Urheberlehre" nennt, bekennt sich dann Maurach 2); für ihn stellt den Ausgangspunkt für die Ausstellertheorie das geistige Herrühren dar. Von der Geistigkeitstheorie gehen ausserdem Sauer 3) und Jagusch 4) aus.

Die Vertreter der Geistigkeitstheorie lassen nun nicht, wie es zunächst den Anschein hat, ähnlich wie die Vertreter der ideellen Theorie 5) ein blosses Einverständnis mit dem Urkundeninhalt für die Echtheit genügen. Sie vertreten nämlich für den wichtigen Fall des Vertreters, der mit dem Namen des Vertretenen unterzeichnet, fast durchwegs die oben behandelte Dreipunktetheorie 6), die durchaus nicht ein blosses Einverständnis des angeblichen Ausstellers für die Echtheit genügen lässt, und fassen damit die Geistigkeitstheorie lediglich als Gegensatz zur Körperlichkeitstheorie auf.

Nur Jagusch zieht aus der materiellen Urheberlehre andere Konsequenzen. Seine Ausführungen lassen ihn einmal als Vertreter der kausalen Theorie 7), zum anderen aber als Vertreter der Täuschungstheorie 8) erscheinen 9).

II. KRITIK DER SOG. GEISTIGKEITSTHEORIE

Fasst man die "Geistigkeitstheorie" so auf, wie man sie verstehen muss, wenn man nur ihren Ausgangspunkt betrachtet, so muss sie bereits aus den oben 10) in der Kritik zur ideellen Theorie angeführten Gründen abgelehnt werden. Gerade in ihrem Ausgangspunkt, der entweder durch die Vokabel "Geistigkeitstheorie" oder durch das Abstellen auf das geistige Herrühren gekennzeichnet wird, stimmt

1) RG 75, 46 (47)

2) MAURACH BT, S.429

3) SAUER, S.196,197 ("Material-normative Theorie")

4) JAGUSCH, LK Bem. 3b vor § 267

5) vgl. darüber oben S.111 f.

6) vgl. oben S.134 ff.

7) vgl. oben S.113

8) vgl. oben S.122

9) Die Ausführungen Jaguschs sind sehr widerspruchsvoll. Sie lassen ihn nicht nur - in sich widersprechender Weise - als Vertreter der kausalen Theorie und als Vertreter der Täuschungstheorie erscheinen (vgl. die Anm.7) und 8)); in gewissem Umfang tendiert er auch zur Dreipunktetheorie, wenn er (vgl. LK Bem.7 vor § 267) die Echtheit einer Urkunde von dem Willen des Ermächtigenden abhängig macht, den Vollmachtgeber erkennbar im Willen zu vertreten.

10) vgl. oben S.113 f.

sie nämlich völlig mit der ideellen Theorie überein, die auch nur eine geistige Beziehung für die Ausstellereigenschaft genügen lässt.

Abgelehnt werden muss die Geistigkeitstheorie aber auch, wenn man die Grundsätze berücksichtigt, die unter ihrer Flagge für die Echtheit aufgestellt worden sind. So kann die Geistigkeitstheorie nicht in der Form gebilligt werden, wie sie von der Mehrzahl der sie Vertretenden verstanden wird; denn der von der Mehrzahl unter die Geistigkeitstheorie gestellten Dreipunktetheorie kann nicht zugestimmt werden 1). Abgelehnt werden muss auch die kausale Theorie 2) und die Täuschungstheorie 3), die Jagusch aus der "materiellen Urheberlehre", die er grundsätzlich vertritt, offenbar herleitet 4).

F. DIE BEHANDLUNG BESTIMMTER SONDERFÄLLE IN SCHRIFTTUM UND RECHTSPRECHUNG

Die aufgezeigten Ausstellertheorien 5) befassen sich hauptsächlich mit der Frage, inwieweit jemand Aussteller sein kann, der eine Urkunde nicht selbst herstellt oder unterzeichnet, sondern durch einen Vertreter herstellen bzw. unterzeichnen lässt. Demgemäss wurde auch in der bisherigen Untersuchung vor allem diese Fallgestaltung an Hand der verschiedenen Ausstellertheorien untersucht. Im folgenden soll nun die Stellungnahme des Schrifttums und der Rechtsprechung zu einigen Sonderfällen aufgezeigt werden, die bisher lediglich gestreift wurden. Es sind dies die Schreibgehilfenschaft, der Telegrammverkehr und die Fremdzeichnung behördlicher Urkunden.

I. DIE SCHREIBGEHILFENSCHAFT

1. Ihre Behandlung in Schrifttum und Rechtsprechung

Auf die Sonderbehandlung, die die Vertreter der faktischen Theorie den Fällen der Schreibgehilfenschaft zuteil werden lassen, wurde bereits oben 6) hingewiesen. Dort wurde gezeigt, dass die Vertreter der faktischen Theorie teilweise im Falle der Schreibgehilfenschaft - von ihren sonst vertretenen Grundsätzen abweichend - für die Ausstellereigenschaft eine nichtphysische Beziehung genügen lassen.

Auch unter den Vertretern anderer Ausstellertheorien lässt sich teilweise feststellen, dass sie für den Spezialfall der Schreibgehilfenschaft eine von ihren grund-

1) vgl. oben S.137 ff.

2) vgl. oben S.113 f.

3) vgl. oben S.130 f.

4) vgl. oben S.148 insbes. Anm.9)

5) vgl. oben S.71 - 149

6) vgl. oben S.72 ff.

sätzlichen Auffassungen abweichende Ansicht vertreten. So lassen insbesondere bestimmte Vertreter der juristischen Theorien eine nichtphysische Beziehung zur Urkunde für die Ausstellerqualität im Falle der Schreibgehilfenschaft auch dann genügen, wenn für die beurkundete Erklärung Eigenhändigkeit vorgeschrieben ist 1), obwohl gerade hier das rechtliche Band zwischen der Urkunde und dem angeblichen Aussteller fehlt 2). Die übrigen Vertreter der juristischen Theorien sprechen sich jedoch - soweit sie sich mit dem Problem befassen - in einem derartigen Fall für die Unechtheit aus 3).

Auch sonst lässt sich feststellen, dass ein Teil der Anhänger der juristischen Theorien bei der Schreibgehilfenschaft keine rechtliche Beziehung für die Ausstellereigenschaft fordern, sondern mehr eine ideelle Beziehung genügen lassen 4), während sich andere wiederum auch hier an die Grundsätze der juristischen Theorie halten 5).

Eine lediglich ideell-kausale Beziehung fordert Timcke im Falle der Schreibgehilfenschaft entsprechend der von ihm im Prinzip vertretenen kausalen Theorie 6). Ähnlich Jagusch, indem er von der von ihm u. a. vertretenen kausalen Theorie ausgeht 7) 8).

1) Etwa über § 126 BGB (vgl. oben S. 46)

2) vgl. MERTGEN, S. 51 (s. o. S. 131 ff.); OETKER, S. 118 (s. o. S. 121); nicht ganz klar ist die Stellungnahme BINDINGS (S. 202 Anm. 1), aber auch er dürfte von der Echtheit ausgehen. - Vgl. auch RG 44, 69. Obwohl das Reichsgericht grundsätzlich Anhänger der juristischen Theorie ist (vgl. oben S. 116, 125 ff., S. 135), verneint es dort die Unechtheit in einem Falle der Schreibgehilfenschaft, obwohl Eigenhändigkeit gesetzlich vorgeschrieben war ("nur Täuschung über die Art und Weise des Zustandekommens"). Zur Kritik der Entscheidung vgl. Galli DJZ 1911, S. 1122, auf den Widerspruch zu RG 43, 348 hinweisend.

3) vgl. LK (4. Aufl.) § 267 Anm. 14; OLSHAUSEN § 267 Anm. 18b und 26 IIc (s. o. S. 122); BOCK, S. 46 (s. o. S. 131 ff.); SCHEIBER, S. 66 (s. o. S. 131 ff.)

4) vgl. MAURACH BT, S. 429. Er leitet, obwohl hinsichtlich der Stellvertretung Anhänger der zu den juristischen Theorien zählenden Dreipunktetheorie, die Echtheit im Falle der Schreibgehilfenschaft, auf die "Geistigkeitstheorie" anspielend, ganz auf die geistige Urheberchaft zurück. Vgl. ferner OLSHAUSEN § 267 Anm. 18b (s. o. S. 122); SCHMIDT, S. 345 (s. o. S. 115); SIBURG, S. 28 ff. (s. o. S. 122)

5) vgl. BOCK, S. 26 (s. o. S. 131 ff.); LENZ, S. 152 (s. o. S. 118); MERTGEN, S. 51 (s. o. S. 131 ff.); VOLWASSEN, S. 34 (s. o. S. 131 ff.)

6) vgl. oben S. 144 ff.; entsprechend schadet nach TIMCKE (S. 147) vorgeschriebene Eigenhändigkeit der Echtheit nicht.

7) JAGUSCH LK Bem. 3b vor § 267

8) Vgl. auch oben S. 113

2. Eigene Ansicht

Die bisherigen Untersuchungen ergaben, dass es für die Ausstellerqualität einer nicht an der Herstellung physisch beteiligten Person darauf ankommt, ob die Erklärung in der Urkunde unbedingt so oder stärker wirkt, als hätte diese Person die Urkunde selbst ausgestellt oder unterschrieben 1). Sie liessen dabei nicht erkennen, dass für den speziellen Fall der Schreibgehilfenschaft von diesem Grundsatz eine Ausnahme gelten soll. Daraus folgt insbesondere, dass die Echtheit beeinträchtigt ist, wenn Eigenhändigkeit vorgeschrieben ist 2).

II. DER TELEGRAMMVERKEHR

Mit der Frage, ob das Ankunftstelegramm eine unechte Urkunde sein kann, hat sich insbesondere das Schrifttum sehr häufig befasst 3). Der Grund hierfür lag darin, dass es von der Lösung der Frage abhängt, ob im Telegrammverkehr seitens des Aufgebenden überhaupt eine UF begangen werden kann. Auf die Aufgabedepesche kann nämlich weder nach § 267 a.F. noch nach § 267 n.F. abgestellt werden. Die Aufgabedepesche kann zwar Urkunde sein 4), der Absender wird jedoch im Falle ihrer Unechtheit weder von der Aufgabedepesche zur Täuschung Gebrauch machen, noch sie zur Täuschung im Rechtsverkehr anfertigen. Getäuscht werden soll nämlich nur der Adressat und nicht der Telegrafbeamte 5). Dem Adressaten gegenüber wird jedoch von der Urkunde kein Gebrauch gemacht 6).

1) vgl. oben S. 90 ff.

2) vgl. etwa § 126 BGB, vgl. oben S. 46

3) vgl. unten S. 151 ff.

4) vgl. RG 8, 92 (93); BINDING, S. 257; FRANK § 267 Anm. VIII; LK (4. Aufl.) § 267 Anm. 37; JAGUSCH LK Bem. 3b vor § 267 (Beweis für Werkvertrag); OLSHAUSEN § 267 Anm. 41a; SPARR, S. 23; WEISSMANN ZStW 11, S. 31; WELZEL, S. 336. - a.A. GOLDSCHMITT GS 55, S. 203, 204; MEYER GS 47, S. 105; SCHERER GS 28, S. 611.

5) vgl. BINDING, S. 258 und die Telegraphenordnung in der Fassung vom 30. Juni 1938 (Amtsblatt des Reichspostministeriums, 2. Halbjahr (1938), Anlage), die auch gar nicht vorsieht, dass sich der Absender über seine Person ausweist. - Die Möglichkeit, dass von der Aufgabedepesche dem Telegrafbeamten gegenüber zum Zwecke der Täuschung Gebrauch gemacht wird, bejaht jedoch ORTLOFF GA 28, S. 194 ff. (201 - 204) unter Hinweis auf § 3 Abs. II TelO a.F. (TelO für das Dt. Reich vom 15. Juni 1891). Gegen Ortloff schon WISKOTT S. 103 f.; BAUER, S. 68 f. und SPARR, S. 41.

6) Das Gebrauchmachen erfordert nämlich, dass die Urkunde der zu täuschenden Person zugänglich gemacht wird und damit die Möglichkeit der Kenntnissnahme gegeben ist. (Vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER § 267 Anm. VI 5a; JAGUSCH, LK

Man könnte daher, wenn die Aufgabedepesche eine unechte Urkunde darstellen würde, nicht von einem Gebrauchmachen zum Zwecke der Täuschung im Sinne des § 267 a.F. sprechen 1). Man könnte auch nicht davon sprechen, dass der Absender die Aufgabedepesche zur Täuschung im Rechtsverkehr hergestellt hat (§ 267 n.F.); denn dieses Merkmal erfordert, dass "durch den Gebrauch der Urkunde getäuscht werden soll, also dadurch, dass sie unter der Vorspiegelung, sie sei echt, der körperlichen Wahrnehmung eines anderen zugänglich gemacht wird" 2).

Ob nun die Ankunftsdepesche eine unechte Urkunde sein kann, hängt davon ab, ob sie eine Urkunde sein kann; denn nur so ist es denkbar, dass eine Ankunftsdepesche den Schein einer Urkunde darstellt. Im Rahmen des Zwecks, dem die vorliegende Untersuchung dient, genügt jedoch die Fragestellung nach der Urkundenqualität als solcher keinesfalls. Hier interessiert nämlich in erster Linie, ob eine unechte Urkunde dadurch zustandekommen kann, dass der Aufgebende eine falsche Identitätsbezeichnung verwendet. Dementsprechend muss bei der Untersu-

Fortsetzung der Fussnote 6), Seite 151:

§ 267 Anm. V u. a.)

Anders: DAMBACH, Telegraphenstrafrecht, S. 111 ff., der ein Gebrauchmachen zum Zwecke der Täuschung gegenüber dem Empfänger in Bezug auf die Aufgabedepesche für möglich hält und sich hierbei auf die Ausführungsübereinkunft für den internationalen Telegraphenverkehr (Budapester Revision vom 22. 7. 1896) beruft, wonach die Urschriften von Telegrammen dem Empfänger mitgeteilt werden können. Dem muss aber entgegengehalten werden, dass der Empfänger wohl ganz selten die Originaldepesche einsehen wird; vor allem aber wird der Absender selten damit rechnen.

Von einem vorsätzlichen Gebrauchmachen der Aufgabedepesche gegenüber dem Empfänger kann auch nicht gesprochen werden, wenn man berücksichtigt, dass der Empfänger die Möglichkeit hat, die Originaldepesche einzusehen.

Mit denselben Argumenten wie hier wenden sich gegen Dambach die Dissertationen von BAUER, S. 66; FICHTER, S. 62 und SPARR, S. 42/43.

1) Dass kein Gebrauchmachen zum Zwecke der Täuschung vorliegt, wurde seit langem allgemein verneint. So in Bezug auf den Beamten: RG Rspr. I, 793; RG 8, 92; BINDING, S. 258 Anm. 1; LK (4. Aufl.) § 267 Anm. 37; HÄLSCHNER, S. 546 Anm. 4; FRANK § 267 Anm. VII; OLSHAUSEN § 267 Anm. 41a; SCHERER GS 28, S. 605, 611; GOLDSCHMITT GS 55, S. 203; DAMBACH, Telegraphenstrafrecht, S. 109 f.

So in Bezug auf den Adressaten: RG 8, 92; RG Rspr. I, 793; BINDING, S. 258 Anm. 5; LK (4. Aufl.) § 267 Anm. 37; HÄLSCHNER, S. 546 Anm. 4; SCHERER GS 28, S. 605, 611. - Über die abweichenden Ansichten Ortloffs und Dambachs vgl. oben S. 151 Anm. 5 und 6

2) BGH 2, 50 (52)

chung der Urkundenqualität bezüglich der Erkennbarkeit des Ausstellers nur geprüft werden, ob diese darauf beruhen kann, dass der das Telegramm Aufgebende in dem Ankunftstelegramm erscheint. Denn nur dann kann für den Fall der Verwendung einer falschen Identitätsbezeichnung von der für den Begriff der unechten Urkunde notwendigen Nichtidentität von angeblichem und wirklichem Aussteller 1) gesprochen werden.

Das Erscheinen der Person des Aufgebenden in einer Ankunftsdepesche bedingt nun nur dann die Erkennbarkeit des Ausstellers, wenn der Aufgebende der wirkliche Aussteller ist und weiter als solcher in der Urkunde als erkennbar bezeichnet werden kann. Beide Voraussetzungen treffen zu, wenn man die in dieser Arbeit entwickelten Grundsätze berücksichtigt. Der Aufgebende kann Aussteller sein; denn gegen ihn kann die in der Urkunde enthaltene Erklärung unbedingt ebenso oder stärker wirken, als hätte er sie selbst ausgestellt oder unterschrieben. (Vgl. § 127 Satz 2 BGB) 2). Der Aufgebende kann ferner als Garant der Erklärung in dem Ankunftstelegramm erscheinen 3).

Ist somit die Möglichkeit bewiesen, dass die Ankunftsdepesche infolge des Erscheinens des Aufgebenden in ihr eine Urkunde darstellen kann 4), so kann die Ankunftsdepesche dadurch zur unechten Urkunde werden, dass in ihr ein anderer

1) vgl. oben S.17 unten.

2) Auf § 127 Satz 2 BGB berufen sich auch BINDING, S.255; LK (4.Aufl.) § 267 Anm.37; OLSHAUSEN § 267 Anm.41 b.

3) vgl. oben S.8, wo aufgezeigt wurde, dass auch Drucksachen Urkunden im strafrechtlichen Sinn sein können.

4) a) Für Urkundenqualität: RG 8, 92 (97) (anders in früheren Entscheidungen, vgl. unten unter b)); RG 30, 238 (239); RG 35, 117; RG 46, 286; RG LZ 1920, Sp. 393 Nr.5; RG 57, 321 (auch bei Aufgabe mittels Fernsprecher); BAUER, S.75 ff.; BINDING, S.255 (anders früher, vgl. unten unter b)); v. BURI GS 36, S.201; FRANK § 267 Anm.VII; LK (4.Aufl.) § 267 Anm.37; GOLDSCHMITT GS 55, S.202-206; HÄLSCHNER, S.546 Anm.4; JAGUSCH LK Bem.3b vor § 267; MAURACH BT, S.429; MERKEL, S.260; MEYER GS 47, S.105 f.; MOMMSEN GS 36, S.56; OLSHAUSEN § 267 Anm.41b; RIETSCHE, S.736; SCHERER GS 28, S.601; SCHMIDT, S.325; SPARR, S.23 ff.; STEIN, S.116 ff.; WEISSMANN ZStW 11, S.31; WELZEL, S.336; WISKOTT, S.107

b) Gegen die Urkundenqualität: RG Rspr. I, 793; BINDING, Normen I (1890), S.206 Anm.4; BRODMANN, S.37; DAMBACH GS 23, S.241 (293); DAMBACH, Telegraphenstrafrecht, S.111; LENZ, S.119 f.; MEILI, S.61; A. MERKEL HH III, S.789 Anm.5 und S.796 Anm.1; ORTLOFF GA 28, S.194 ff. (201 - 204)

als der wirkliche Absender erscheint 1).

III. DIE FREMDZEICHNUNG BEI BEHÖRDLICHEN URKUNDEN

Des öfteren hat sich das Schrifttum und die Rechtsprechung mit dem Fall befasst, dass ein Beamter einen anderen ermächtigt, eine in seine Kompetenz fallende Erklärung schriftlich abzugeben 2).

Als der Wahrheitsgarant bei behördlichen Urkunden wird fast ausschliesslich die Behörde erscheinen, und zwar sowohl wenn es sich um eine privatrechtliche Erklärung als auch wenn es sich um die Verkörperung eines Hoheitsaktes handelt; denn stets wird der Verkehr darin eine Erklärung der Behörde sehen, und zwar selbst dann, wenn der Name eines Beamten in der Urkunde erscheint 3).

Die Echtheit behördlicher Urkunden hängt daher fast durchwegs davon ab, ob die als Wahrheitsgarantin erscheinende Behörde wirkliche Ausstellerin ist. Da eine jurist. Person nicht selbst handlungsfähig ist, ist demnach stets zu fragen, ob die in der Urkunde enthaltene Erklärung für die Behörde unbedingt so wirkt, als hätte ein befugter Vertreter die Erklärung für sie abgegeben. Soweit es sich um eine privatrechtliche Erklärung handelt, gibt die Antwort hierauf das Privatrecht, bei den Erklärungen, die sich an einen Gewaltunterworfenen richten, beurteilt sich die Frage nach öffentlichem Recht 4).

Nicht zugestimmt werden kann demnach mit Rücksicht auf das bisher Ausgeführte der in Schrifttum und Rechtsprechung herrschend vertretenen Ansicht, dass bei der Ermächtigung durch einen Beamten zur Unterzeichnung mit seinem Namen

-
- 1) Zur UF kommen allerdings teilweise auch diejenigen, die die Urkundenqualität der Ankunftsdepesche verneinen, indem sie auf die Aufgabedepesche abstellen und die Möglichkeit bejahen, dass mit derselben dem Telegrafbeamten (so ORTLOFF GA 28, S.194 ff. (201 - 204)) oder dem Empfänger (so DAMBACH, Telegraphenstrafrecht, S.111 ff.) gegenüber zum Zwecke der Täuschung Gebrauch gemacht wird. Über die Unrichtigkeit dieser Ansichten vgl. oben S.151
 - 2) Vgl. oben S.68
 - 3) Vgl. auch BGH 7, 149 (Zollamt als angeblicher Aussteller); RG HRR 1939 Nr.398 (Deutsche Arbeitsfront als angeblicher Aussteller); RG JW 1939, S.226 = RG HRR 1939 Nr.399 (Luftnachrichtenabteilung als angeblicher Aussteller); RG 52, 12 (Stadtgemeinde als angeblicher Aussteller). - Die Urteile behandeln - von RG HRR 1939 Nr.398 abgesehen - stets Fälle, in denen auch der Name eines Beamten in der Urkunde erscheint.
 - 4) vgl. oben S.68 ff., wo die Frage behandelt wurde.

stets eine unechte Urkunde zustandekommen 1), wie umgekehrt auch die Meinung derer abgelehnt werden muss, die die Zulässigkeit der "Stellvertretung" bei öffentlichen Urkunden generell bejahen²⁾. Bereits die obigen Ausführungen³⁾ hinsichtlich der Hoheitsakte beinhaltenden Urkunden ergaben nämlich, dass das für die Echtheit erforderliche unbedingte Gelten der Erklärung für den angeblichen Aussteller (Behörde) durch den Umstand, dass ein Beamter eine Fremdzeichnung veranlasst, weder unbedingt ausgeschlossen ist⁴⁾, noch unbedingt unbeeinflusst wird.

4. T E I L

ZUSAMMENFASSUNG DER IN DER ARBEIT GEWONNENEN ERGEBNISSE

Aufgabe der Arbeit war, den Begriff der "unechten Urkunde" in § 267 zu klären 5).

Sie ging dabei 6) von dem Begriff der Urkunde aus, wie ihn die h.L. versteht: "Urkunde im Sinne des Strafrechts ist jede mit einer körperlichen Sache fest verbundene und allgemein oder doch für die Beteiligten verständliche Gedankenerklärung, die bestimmt und geeignet ist, im Rechtsverkehr eine ausserhalb ihrer selbst liegende Tatsache zu erweisen, und zugleich den Aussteller bezeichnet oder erkennbar macht."

Für das Merkmal der unechten Urkunde wurde dann zunächst festgestellt, dass es sich dabei um einen Gegenstand handeln müsse, der einer Urkunde ähnlich ist, bei dem jedoch der angebliche Aussteller mit dem wirklichen Aussteller nicht identisch ist 7).

Unter dem angeblichen Aussteller ist dabei, wie der zweite Teil der Arbeit ergab 8), derjenige zu verstehen, der nach dem Inhalt eines urkundenähnlichen

-
- 1) LK (4. Aufl.) § 267 Anm. 23; JAGUSCH LK Bem. 7 vor § 267; MÜHLMANN-BOMMEL § 267 Anm. 6/S. 643; OLSHAUSEN § 267 Anm. 26 IIa; SCHEIBER, S. 43; SIBURG, S. 38; TIMPE, S. 33; VOLWASSEN, S. 38; WALDEYER, S. 33.
 - 2) BINDING, S. 234; SCHÖNKE DStR 1943, S. 140; SCHÖNKE FS, S. 259
 - 3) vgl. oben S. 68 ff.
 - 4) vgl. dazu RG 12, 17 und RG 57, 69 (71). Die Entscheidungen sehen in der mechanischen Vervielfältigung keinen Hinderungsgrund für die Annahme einer öffentlichen Urkunde.
 - 5) vgl. oben S. 3
 - 6) vgl. oben S. 5 ff.
 - 7) vgl. oben S. 18 unten
 - 8) vgl. oben S. 22 unten

Gegenstandes die in diesem enthaltene Erklärung als eigene abgegeben zu haben scheint.

Für den wirklichen Aussteller ergab der dritte Teil der Arbeit:

Wirklicher Aussteller einer Urkunde ist

1. derjenige, der durch eine von seinem Willen getragene Handlung den äusseren Tatbestand der Erklärungsverkörperung vollständig gesetzt hat oder wenigstens durch eine von seinem Willen getragene Handlung im Bewusstsein des äusseren Tatbestandes der Erklärungsverkörperung diese unterzeichnet hat 1).
2. derjenige, gegen den die in der Urkunde enthaltene Erklärung nach den Bestimmungen des privaten oder öffentlichen Rechts unbedingt (d. h. unanfechtbar, unaufhebbar und jedem gegenüber) ebenso oder stärker wirkt, als hätte er sie selbst bzw. - im Falle juristischer Personen und nicht rechtsfähiger Personengemeinschaften - sein befugter Vertreter vollzogen 2).

1) vgl. oben S. 32 ff.

2) vgl. oben S. 97 unten

LEBENS LAUF

Am 22. Mai 1935 wurde ich als Sohn des Bauingenieurs Max Widmann und seiner Ehefrau Josefine, geb. Hölz, in München geboren.

Nach zwei Klassen Volksschule in München-Obermenzing zog ich im Jahre 1943 in den Ldkr. Aichach/Obb. und kehrte von dort Ende 1945 wieder nach München-Obermenzing zurück. Im Herbst 1946 trat ich in die Oberrealschule München-Pasing ein, an der ich im Jahre 1954 die Reifeprüfung ablegte. Seit dem Wintersemester 1954/55 studierte ich an der Universität München Rechtswissenschaften. Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 18. Juli 1958 mit der Note "gut" (3, 26). Seit dem 10. Oktober 1958 leiste ich den Vorbereitungsdienst für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst ab.

Das mündliche Doktorexamen bestand ich am 2. Juni 1961 mit dem Prädikat "magna cum laude".

